

Analyse der Sorgfaltspflichtverletzung im vertraglichen wie ausservertraglichen Bereich

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
CHRISTOPH OSWALD
von Rapperswil SG

1907

genehmigt auf Antrag der
Herren PD Prof. Dr. Dr. Hans Giger und
Prof. Dr. Max Keller

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Analyse der Sorgfaltspflichtverletzung im vertraglichen wie ausservertraglichen Bereich

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
CHRISTOPH OSWALD
von Rapperswil SG

genehmigt auf Antrag der
Herren PD Prof. Dr. Dr. Hans Giger und
Prof. Dr. Max Keller

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Dezember 1987

Der Dekan:
Prof. Dr. Claudio Soliva

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 22 der Reihe

Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht

Herausgegeben von Mitgliedern der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

Meinen Eltern in Dankbarkeit

Herrn Prof. Dr. Dr. Hans Giger möchte ich an dieser Stelle herzlich danken für die Anregung zu dieser Arbeit und die Freiheit, die er mir bei der Abhandlung des Themas gewährte.

Der Verfasser

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	11
Literaturverzeichnis	13
Einleitung: Gegenstand und Abgrenzung des Themas	19
1. Kapitel: Haftungsvoraussetzungen im Schweizerischen Obligationenrecht	21
§ 1 Begriff des Haftpflichtrechts	21
§ 2 Voraussetzungen der Haftbarkeit	22
I. Haftungsprinzipien	22
II. Voraussetzungen der Haftung in der Übersicht	23
1. Im ausservertraglichen Bereich	23
2. Im vertraglichen Bereich	23
III. Voraussetzungen im einzelnen	24
1. Schaden	24
A) Begriff	24
B) Schaden im Vertragsrecht	25
2. Adäquater Kausalzusammenhang	25
A) Begriff	25
B) Erforderlichkeit des Adäquanzbegriffs	26
a) Im Bereich der Verschuldenshaftung	26
b) Im Bereich der Kausalhaftung	28
3. Widerrechtlichkeit	28
A) Begriff	28
B) Widerrechtlichkeit in Doktrin und Praxis	29
a) Subjektive und objektive Widerrechtlichkeitstheorie	29
b) Rechtsgüterverletzungstheorie	30
c) Normverstosstheorie	31

d) Gefahrensatz	32
e) Widerrechtlichkeit bei Kausalhaftungen	34
4. Verschulden	36
A) Begriff	36
B) Funktion	37
C) Arten	38
a) Vorsatz	38
b) Fahrlässigkeit	39
D) Urteilsfähigkeit	40

2. Kapitel: Begriff der Sorgfalt und deren Bemessung 43

§ 1 Begriff der Sorgfalt 43

I. Sprachgebrauch 43

II. Komponenten der Sorgfalt 45

1. Äussere Sorgfalt 46

A) Begriff 46

B) Sachgemässes Verhalten 46

2. Innere Sorgfalt 47

A) Begriff 47

B) Bezugspunkte der inneren Sorgfalt 48

a) Erkenntnis des sachgemässen Verhaltens 48

b) Steuerung des sachgemässen Verhaltens 49

C) Innere Sorgfalt im Höchstmass 49

D) Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit als Voraussetzungen 49

a) Voraussehbarkeit 49

b) Vermeidbarkeit 50

E) Verhältnis innere Sorgfalt / äussere Sorgfalt 51

3. Personale Sorgfalt 52

§ 2 Massstäbe der Sorgfalt 53

I. Sorgfaltsverletzung als Zurechnungsgrund 53

II. Subjektive Fahrlässigkeitstheorie 55

1. Schuld und Strafe 55

2. Subjektiver Fahrlässigkeitsbegriff und Individualgerechtigkeit	57
---	----

III. Objektive Fahrlässigkeitstheorie 58

1. Abgrenzung zur subjektiven Fahrlässigkeitstheorie	58
2. Fahrlässigkeitstheorie mit objektiven und subjektiven Elementen	59
3. Gründe für objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff	61
4. Bestimmung des objektiven Massstabes	64
A) Möglichkeit der Gruppenbildung	64
a) Grundsatz	64
b) Besondere Fähigkeiten	64
B) Probleme der Gruppenbildung	65
a) Individualisierung	65
b) Bestimmung der relevanten Faktoren	66
c) Merkmals- und Auftretungsgruppen	68
d) Urteilsfähigkeit und objektivierter Verschuldensbegriff	70

3. Kapitel: Einordnung der Sorgfaltspflicht im Aufbau der Haftungsvoraussetzungen 71

§ 1 Bedeutung der Einordnung 71

§ 2 Verletzung der Sorgfaltspflicht als Merkmal der Rechtswidrigkeit 73

I. Ausgangspunkt und Problemstellung 73

1. Sorgfalt auf Verschuldensstufe	73
2. Fahrlässigkeitsdefinition im BGB	74
A) Gesetzliche Normierung in § 276 BGB	74
B) Bedeutungen der «im Verkehr erforderlichen Sorgfalt»	75
C) Einordnungen der Fahrlässigkeit	76
a) Einordnung beim Tatbestand	77
b) Einordnung bei der Rechtswidrigkeit	78
c) Einordnung beim Verschulden	79

II. Sorgfalt und Rechtswidrigkeit 81

1. Funktion der Rechtswidrigkeit	82
2. Rechtswidrigkeit bei Gefährdungs- und Verhaltensnormen	84

A)	Begriff der Gefährdungs- und Verhaltensnormen	84
a)	Verhaltensnormen	84
b)	Gefährdungsnormen	84
B)	Verletzung von Gefährdungsnormen und Sorgfaltsverletzung	86
a)	Erkennbarkeit der Gefahr als Voraussetzung der Rechtswidrigkeit	87
b)	Weitere Faktoren- zur Begrenzung der Rechtswidrigkeit	89
C)	Verletzung von Verhaltensnormen und Sorgfaltsverletzung	91
a)	Bezugspunkt der Sorgfalt	91
b)	Erkennbarkeit der Verhaltensnorm als Voraussetzung der Rechtswidrigkeit	93
D)	Verletzung der inneren Sorgfalt im Höchstmass als Voraussetzung der Rechtswidrigkeit	95
III.	Sorgfalt und defensiver Rechtsschutz	96
1.	Funktion des defensiven Rechtsschutzes	96
2.	Defensiver Rechtsschutz und Sorgfaltsverletzung	97
A)	Defensiver Rechtsschutz und Verletzung der inneren Sorgfalt im Höchstmass	97
B)	Defensiver Rechtsschutz und Verletzung der äusseren Sorgfalt im Höchstmass	99
§ 3	Einordnung der Sorgfaltspflicht bei der Rechtswidrigkeit und Auswirkung auf den Fahrlässigkeitsbegriff	100
I.	Voraussetzung einer Entleerung der Verschuldensstufe	100
II.	Doppelter Sorgfaltsmassstab	102
§ 4	Verletzung der Sorgfaltspflicht und Vertragsverletzung	104
I.	Vertragsverletzung und Widerrechtlichkeit	104
1.	Begriff der Vertragsverletzung in der Literatur	104
2.	Vertragspflichten als Vertragsinhalt	106
A)	Vertragspflichten und Begriff «Vertragsverletzung»	106
a)	Vertragsnorm und Rechtsnorm	106
b)	Ablehnung der Erfolgsunrechtslehre im Vertragsrecht	108
B)	Inhalt der Vertragspflichten	108

a) Nebenpflichten	109
b) Hauptpflichten	111
C) Feststellung der Vertragspflichten	113
a) Lückenhaftigkeit der Verträge	113
b) Auslegung und Ergänzung des Vertragsinhalts	114
II. Vertragsverletzung und Sorgfaltspflichtverletzung	116
1. Bestimmung der Verhaltenspflichten	116
2. Rechtsgrundlage der Sorgfaltspflichten	117
A) Leistungspflichten und Sorgfalt	118
B) Verhaltenspflichten und Sorgfalt	118
3. Vertragsverletzung und Sorgfaltspflichtverletzung im Höchstmass	120

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
ABGB	Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
Bsp.	Beispiel
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
f./ff.	folgende Seite / Seiten
gem.	gemäss
h.L.	herrschende Lehre
insbes.	insbesondere
i.V.	in Verbindung
i.w.S.	im weiteren Sinn
JZ	Juristenzeitschrift
Komm.	Kommentar



m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
Mot.	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, amtliche Ausgabe
N	Note (Fussnote, Randnote)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911 /18. Dezember 1936
S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
sog.	sogenannt
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
SVG	Bundesgesetz über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, neue Folge

Literaturverzeichnis

- Aebi Hans Kaspar: Der Begriff des Verschuldens im Privatrecht und im Strafrecht, Diss. Zürich 1957 (zit. Aebi).
- Becker Hermann: Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Art. 184–551), Bern 1934 (zit. Becker).
- Bockelmann Paul: Das strafrechtliche Risiko des Verkehrsteilnehmers, NJW 1960 1277ff. (zit. Bockelmann, NJW 1960).
- Bucher Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1979 (zit. Bucher).
- Deutsch Erwin: Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, Köln, Berlin, Bonn, München 1963 (zit. Deutsch, Fahrlässigkeit).
- Haftungsrecht, 1. Bd. Allgemeine Lehren, Köln, Berlin, Bonn, München 1976 (zit. Deutsch, Haftungsrecht).
- Ebbecke: Verpflichtungen aus unerlaubten Handlungen im Unterschiede von rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Verpflichtungen, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 71 (1922) S. 346ff. (zit. Ebbecke).
- Engisch Karl: Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, München 1930 (zit. Engisch).
- Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Heidelberg 1953 (zit. Engisch, Konkretisierung).
- Enneccerus Ludwig/Nipperdey Hans Carl: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I Allgemeiner Teil, 1. und 2. Halbband, 15. Aufl. Tübingen 1959/60 (zit. Enneccerus/Nipperdey).
- Esser Josef/Schmidt Eike: Schuldrecht, Bd. I Allgemeiner Teil, 6. Aufl. Heidelberg 1984 (zit. Esser I).
- Esser Josef/Weyers Hans-Leo: Schuldrecht, Bd. II Besonderer Teil, 6. Aufl. Heidelberg 1984 (zit. Esser II).
- Esser Josef: Schuldrecht, Bd. I Allgemeiner Teil, 5. Aufl. Heidelberg/Karlsruhe 1975/76 (zit. Esser I, 5. Aufl.).
- Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Karlsruhe 1970 (zit. Esser I, 4. Aufl.).
- Exner Franz: Das Wesen der Fahrlässigkeit, Eine strafrechtliche Untersuchung, Leipzig/Wien 1910 (zit. Exner).
- Fikentscher Wolfgang: Schuldrecht, 7. Aufl. Berlin/New York 1985 (zit. Fikentscher).
- Furgler Kurt Johannes: Die Verkehrssicherungspflicht im schweizerischen Haftpflichtrecht, Diss. Freiburg 1978 (zit. Furgler).

- Gauch Peter/Schluemp Walter R./Jäggi Peter: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Zürich 1983 (zit. Gauch/Schluemp/Jäggi).
- Gautschi Georg: Berner Kommentar, Obligationenrecht, 2. Abt. 4. Teilbd. Der einfache Auftrag (Art. 394–406 OR), 3. Aufl. Bern 1971 (zit. Gautschi, Komm. Auftrag).
- Nichterfüllung, Haftungsgrund und Haftungsverzicht bei Arbeitsobligationen, Festgabe zum 60. Geburtstag von K. Oftinger, Zürich 1969 (zit. Gautschi, Festgabe Oftinger).
- Giger Hans: Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden, Jubiläumsschrift 100 Jahre Schweizerisches OR, Freiburg 1982 (zit. Giger, Berührungspunkte).
- Berner Kommentar, Obligationenrecht, 2. Abt. 1. Teilbd. Kauf und Tausch – Die Schenkung. Allg. Bestimmungen – Der Fahrniskauf (Art. 184–215 OR), 2. Aufl. Bern 1980 (zit. Giger, Komm. Kauf).
- Gmür Max: Übereinstimmung der Begriffe im Civil- und Strafrecht, ZSR (1903) 587ff. (zit. Gmür).
- Guhl Theo/Merz Hans/Kummer Max: Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl. Zürich 1980 (zit. Guhl).
- Heck Philipp: Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929 (zit. Heck).
- Hombberger Arthur: Haftpflicht ohne Verschulden, ZSR 49 (1930) Iaff. (zit. Hombberger).
- Izveren Adil: Sorgfaltshaftung und Schadenersatzpflicht im Dienstvertragsrecht, Diss. Zürich 1952 (zit. Izveren).
- Jhering Rudolph: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Festschrift, Giessen 1867 (zit. Jhering).
- Känzig Ernst: Die Widerrechtlichkeit, Diss. Bern 1959 (zit. Känzig).
- Keller Alfred: Haftpflicht im Privatrecht, 4. Aufl. Bern 1979 (zit. A. Keller).
- Keller Max/Schöbi Christian: Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel/Frankfurt am Main 1982 (zit. Keller I).
- Keller Max/Gabi Sonja: Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. II Haftpflichtrecht, Basel/Frankfurt am Main 1985 (zit. Keller II).
- Keller Max/Landmann Valentin: Haftpflichtrecht, Ein Grundriss in Tafeln, 2. Aufl. Zürich 1980 (zit. Keller/Landmann).
- Koziol Helmut: Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Wien 1980 (zit. Koziol I). Bd. II Besonderer Teil, 2. Aufl. Wien 1984 (zit. Koziol II).
- Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Bd. I Allgemeiner Teil und Schuldrecht, Wien 1983 (zit. Koziol, Grundriss I).
- Larenz Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I Allgemeiner Teil, 13. Aufl. München 1982 (zit. Larenz I). Bd. II Besonderer Teil, 12. Aufl. München 1981 (zit. Larenz II).

- Fahrlässigkeitsmassstäbe im Zivilrecht, Festschrift 60. Geburtstag von Walter Wilburg, Graz 1965 (zit. Larenz, Fahrlässigkeitsmassstäbe).
- Leonhard Franz: Das Schuldrecht des BGB, 1. Bd. Allgemeines Schuldrecht des BGB, München/Leipzig 1929 (zit. Leonhard I).
- Fahrlässigkeit und Unfähigkeit, Festgabe für Ludwig Enneccerus, Marburg 1913 (zit. Leonhard, Fahrlässigkeit).
- Lorenz Dieter: Der Massstab des einsichtigen Menschen, Bad Homburg vor der Höhe, Berlin, Zürich 1967 (zit. Lorenz).
- Löwisch Manfred: Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung von Forderungsverletzungen, AcP 165 S. 421ff. (zit. Löwisch).
- May Erich: Das verkehrsrichtige Verhalten als Rechtfertigungsgrund, NJW 1958 S. 1262ff. (zit. May, NJW 1958).
- Merz Hans: Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, ZBJV 91 bis (1955) 301ff. (zit. Merz).
- Motive: Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Amtliche Ausgabe, Bd. I Allgemeiner Theil, Berlin 1896 (zit. Mot. I).
- Münzberg Wolfgang: Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Frankfurt a.M. 1966 (zit. Münzberg).
- Neuenschwander Markus: Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1971 (zit. Neuenschwander).
- Niese Werner: Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Tübingen 1951 (zit. Niese).
- Nipperdey Hans Carl: Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957 2. Halbbd. S. 1777ff. (zit. Nipperdey).
- Noll Peter/Trechsel Stefan: Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl. Zürich 1986 (zit. Noll/Trechsel).
- Noll Peter: Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Zürich 1981 (zit. Noll).
- Oftinger Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht, 1. Bd. Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Zürich 1975 (zit. Oftinger I).
- Oser Hugo/Schönenberger Wilhelm: Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Art. 1-183), 2. Aufl. Zürich 1929 (zit. Oser/Schönenberger).
- Ott Werner Eduard: Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes, Diss. Zürich 1978 (zit. Ott).
- Peter Adolf: Urteilsfähigkeit, Diss. Bern 1940 (zit. Peter).
- Ponnath Heinz: Leistungsstörungen, verursacht durch nicht unmittelbar vertragsbezogenes Verhalten einer Vertragspartei, Diss. Würzburg 1980 (zit. Ponnath).
- Rümelin Max: Das Verschulden in Straf- und Zivilrecht, Rede, Tübingen 1909 (zit. Rümelin).
- Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches zur objektiven Schadenersatzpflicht, Tübingen 1896 (zit. Rümelin, Schadenszurechnung).

- Schluep Walter R.: Innominatverträge, Schweizerisches Privatrecht VII/2, Basel und Stuttgart 1979 (zit. Schluep, Innominatverträge).
- Schmidt R.: Praktisch wichtige Auswirkungen der neuen Schuldtheorie im Zivilrecht, NJW 1958 I. Halbbd. S. 488ff. (zit. Schmidt, NJW 1958).
- Schönenberger Wilhelm/Jäggi Peter: Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1–17 OR, 3. Aufl. Zürich 1973 (zit. Schönenberger/Jäggi).
- Schultz Hans: Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, 1. Bd., 4. Aufl. Bern 1982 (zit. Schultz AT).
- Schwartz Paul: Adäquate Kausalität und Verschuldenshaftung, BJM 1970 1ff. (zit. Schwartz).
- Scyboz Georges: Garantievertrag und Bürgschaft, Schweizerisches Privatrecht VII/2, Basel und Stuttgart 1979 (zit. Scyboz).
- Simonius August: Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung einiger Grundsätze des Privatrechts, ZSR 71 (1952) 237ff. (zit. Simonius).
- Stark Emil: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Skriptum, Zürich 1982 (zit. Stark, Skriptum).
- Stiffler Hans Kaspar: Verkehrssicherungspflicht für Skipisten, SJZ 67 (1971) 101ff. und SJZ 64 (1968) 120 (zit. Stiffler).
- Stratenwerth Günter: Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Bern 1982 (zit. Stratenwerth AT).
- Tercier Pierre: Quelques considérations sur les fondements de la responsabilité, ZSR 95 I (1976) 1ff. (zit. Tercier).
- Tobler Robert: Fahrlässigkeit im Zivil- und Strafrecht, Diss. Zürich 1931 (zit. Tobler).
- v. Tuhr Andreas/Peter Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl. Zürich 1979 (zit. v. Tuhr/Peter).
- v. Tuhr Andreas/Escher Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl. Zürich 1974 (zit. v. Tuhr/Escher).
- Tuor Peter/Schnyder Bernhard: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl. Nachdruck Zürich 1979 (zit. Tuor/Schnyder).
- v. Wattenwyl Robert: Die Rechtswidrigkeit im Zivil- und Strafrecht, ZSR 48 (1929) 414ff. (zit. v. Wattenwyl).
- Wendt: Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, AcP 87 (1897), Freiburg i.Br. (zit. Wendt).
- Weyl Richard: System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuch, München 1905 (zit. Weyl).
- Widmer Pierre: Gefahren des Gefahrensatzes, ZBJV 106 (1970) 289ff. (zit. Widmer, Gefahrensatz).
- Standortbestimmung im Haftpflichtrecht, ZBJV 110 (1974) 289ff. (zit. Widmer, Standortbestimmung).

- Wiethölter Rudolf: Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, Karlsruhe 1960 (zit. Wiethölter).
- Wolf Ernst: Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, AcP 153 (1954) S. 97ff. (zit. Wolf).
- Yung Walter: L'interprétation supplétive des contrats, ZBJV 97 (1961) 41ff. (zit. Yung, ZBJV 97).
- Zeuner Albrecht: Gedanken über Bedeutung und Stellung des Verschuldens im Zivilrecht, JZ 1966 1f. (zit. Zeuner).
- Bemerkungen zum Problem der Rechtswidrigkeit aus zivilrechtlicher Sicht, JZ 1961 41ff. (zit. Zeuner, Rechtswidrigkeit).

Einleitung: Gegenstand und Abgrenzung des Themas

Die Begriffe «Sorgfalt» oder «sorgfältig» tauchen im schweizerischen Obligationenrecht an verschiedenen Orten auf¹. So spricht der Gesetzgeber, meist unter der Marginalie «Pflichten des...», etwa von «mit aller Sorgfalt»², «gehöriger Sorgfalt»³, «Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers»⁴, «erforderlicher Sorgfalt»⁵ oder «zumutbarer Sorgfalt»⁶, ohne jedoch selbst eine Definition dieser Ausdrücke zu geben.

Das Ziel der vorliegenden Arbeit besteht darin, den Begriff der Sorgfalt auszuleuchten, seine Stellung und Funktion zu ergründen⁷ und ihm einen Inhalt zu geben⁸. Die Auseinandersetzung mit diesem Thema ist nicht nur von rechtstheoretischer Bedeutung, sondern sie führt zu fundamentalen Problemen unserer Rechtsordnung mit grosser praktischer Bedeutung: So ist der Begriff Sorgfalt eng verknüpft mit der Haftpflichtfrage im vertraglichen wie auch ausservertraglichen Bereich. Dies zeigt sich insbesondere auf dem Gebiet der sog. Verschuldenshaftung, wo neben Vorsatz oder Absicht die Verletzung der Sorgfalt im Rahmen der Fahrlässigkeit eine der Voraussetzungen jeder Haftbarkeit darstellt⁹. Je nach den Anforderungen, welche nun an die Sorgfalt gestellt werden, fällt der Entscheid, ob ein Haftungsgrund gegeben ist und in zweiter Linie auch, in welcher Höhe Schadenersatz geleistet werden muss: Die verschiedenen Fahrlässigkeits-theorien¹⁰ gehen zwar zur Begründung des Verschuldens von verschiedenen Sorgfaltsmassstäben aus. Wird aber eine das Verschulden statuierende

¹ In der 2. Abt. des OR (Einzelne Vertragsverhältnisse, Art. 184–551): Art. 261 Abs. 1, Art. 283 Abs. 1, Art. 321a Abs. 1 und Art. 321e Abs. 2, Art. 352a Abs. 1, Art. 364 Abs. 1 und Art. 365 Abs. 2, Art. 398 Abs. 1 und 2 und Art. 399 Abs. 2, Art. 422 Abs. 2, Art. 477 Abs. 1, Art. 495 Abs. 1 und Art. 503 Abs. 2, Art. 538 Abs. 1.

² Art. 261 Abs. 1, Art. 352a Abs. 1, Art. 365 Abs. 2.

³ Art. 399 Abs. 2, Art. 422 Abs. 2.

⁴ Art. 447 Abs. 1.

⁵ Art. 495 Abs. 1.

⁶ Art. 503 Abs. 2.

⁷ Einordnungsproblem des Sorgfaltsbegriffs.

⁸ Inhaltsproblem des Sorgfaltsbegriffs.

⁹ Die objektive Seite der Fahrlässigkeit, das Abweichen vom Normalverhalten, kann umschrieben werden als «Ausserachtlassung derjenigen Sorgfalt, welche die Verkehrssitte von den mit dem Handelnden in gleichen erkennbaren Lebensverhältnissen stehenden Personen unter den erkennbaren konkreten Umständen erfordert»; Keller/Landmann Tafel 56.

¹⁰ Zur subjektiven und objektiven Fahrlässigkeitstheorie vgl. hinten S. 55ff., 58ff.

Sorgfaltsverletzung angenommen¹¹, so bestimmt unter anderem deren Grösse den Umfang des Ersatzes für den eingetretenen Schaden¹².

Aber auch bei einzelnen Kausalhaftungen taucht die Frage nach der Sorgfalt auf; dann nämlich, wenn zu beurteilen ist, ob der ins Auge gefasste Haftpflichtige sich von der Haftung befreien kann, indem er nachweist, alle gebotene Sorgfalt zur Vermeidung des Schadens aufgebracht zu haben¹³.

¹¹ Ein jeweils geringerer Sorgfaltsverstoss vermag noch kein Verschulden zu begründen.

¹² Art. 43 Abs. 1 OR, Art. 99 Abs. 1 und 3 OR.

¹³ Vgl. Art. 55 und 56 OR; Art. 333 ZGB.

1. Kapitel:

Haftungsvoraussetzungen im Schweizerischen Obligationenrecht

§ 1 Begriff des Haftpflichtrechts

Je nachdem, ob der Begriff «Haftpflicht» eng oder weit¹ aufgefasst wird, versteht man darunter zweierlei: Im ersten Fall bedeutet Haftpflichtrecht alle Vorschriften, die sich mit dem Entstehen für ausservertragliche Schädigungen befassen². Haftpflichtrecht im weiten Sinne dagegen erfasst neben den ausservertraglichen Schädigungen auch die Tatbestände der vertraglichen Schädigungen³. Es sind dies die Tatbestände der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung von vertraglich begründeten Pflichten⁴.

Das Gesetz selbst verwendet in den Fällen, wo der Schuldner für ein vertragswidriges Verhalten einzustehen hat und ersatzpflichtig wird, vielfach den Ausdruck «Haftung»⁵, so dass man unter dem Begriff «Haftpflichtrecht» auch die Fälle von vertraglichen Schädigungen jedwelcher Art verstehen darf, unabhängig davon, ob für das Ausbleiben der Hauptleistung oder für die Verletzung von Nebenpflichten Ersatz geleistet werden muss. Diese Annahme wird durch die Tatsache bestärkt, dass die Voraussetzungen der Haftung im vertraglichen und ausservertraglichen Bereich – zumindest im Rahmen der Verschuldenshaftung – die gleichen sind.

¹ Otfinger I S. 3f.; Keller II S. 2f.

² Art. 41ff. OR und Spezialgesetze; so Keller/Landmann Tafel 2, mit Verweis auf die herrschende Lehre; Keller II S. 3.

³ So A. Keller S. 311, der jedoch den Begriff «Haftpflicht» im Vertragsrecht nur im Zusammenhang mit der Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten gebraucht.

⁴ Art. 97ff. OR und Vorschriften aus dem besonderen Vertragsrecht.

⁵ Z.B. Art. 99 Abs. 1 und 2 OR, Art. 100 OR, Art. 398 OR.

§ 2 Voraussetzungen der Haftbarkeit

I. Haftungsprinzipien

Nicht jeden Schaden kann der Betroffene auf eine andere Person oder auf ein Kollektiv⁶ abwälzen. Das schweizerische Recht sieht nur drei Gründe vor, worauf sich ein Geschädigter berufen kann⁷: 1. Verschulden des Schädigers: Haftung gem. Art. 41ff. OR und Art. 97ff. OR (sog. Verschuldenshaftung). 2. Gesetzliche Vorschrift, die unabhängig vom Verschulden die Abwälzung des Schadens vorsieht (sog. Kausalhaftung). 3. Vertragliche Vereinbarung der Schadenstragung durch einen Dritten (z.B. Versicherungsvertrag).

Liegt keiner der vorerwähnten drei Gründe vor, so hat grundsätzlich derjenige den Schaden zu tragen, der von ihm betroffen worden ist⁸. Durch den weiten Anwendungsbereich der Kausalhaftungen – man denke an die infolge der Technisierung und der in ihr wohnenden Gefahren erlassenen Spezialgesetze⁹ – und dem Aufkommen von Schaden- und Personenversicherungen wird jedoch der Grundsatz, dass der Geschädigte den Schaden trägt, stark abgeschwächt. Auch obligatorische Versicherungen wie etwa das KUVG¹⁰ oder das AHVG¹¹ übernehmen immer mehr die Rolle des Risikoträgers und dies unabhängig vom Vorhandensein eines eventuellen Haftpflichtigen. Dass dabei die Individualhaftung immer mehr einer Kollektivhaftung weicht¹², ist Ausdruck einer Gesinnung, die den Grundsatz «Casum sentit dominus» als nicht mehr angebracht erachtet, in einer Zeit, wo wir mit Risiken tagtäglich konfrontiert werden, die aber der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung wegen nicht mehr aus unserem Leben weggedacht werden können und wollen.

⁶ Z.B. jur. Personen, Träger des öffentlichen Rechts, Erbengemeinschaften.

⁷ Zum Problem der Schadensabwälzung vgl. Oftinger I S. 33ff.

⁸ Casum sentit dominus – casus a nullo praestantur: v. Tuhr/Peter S. 83 N 1a; Oftinger I S. 33f.; Homberger S. 18; Keller II S. 1; Oser/Schönenberger Art. 41 N 68.

⁹ Vgl. die Zusammenstellung der wichtigsten Erlasse bei Stark, Skriptum N 38/39; Oftinger I S. 22ff.

¹⁰ BG über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911, SR 832.01 (1984 abgelöst durch das BG über die Unfallversicherung vom 20. März 1981, SR 832.20. Daneben: BG über die Krankenversicherung vom 13. Juni 1911, SR 832.10).

¹¹ BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946, SR 831.10.

¹² Tercier S. 25.

II. Voraussetzungen der Haftung in der Übersicht

1. Im ausservertraglichen Bereich

Der erste Artikel des Gesetzes über die Entstehung der Obligationen durch unerlaubte Handlungen – Art. 41 OR – heisst kurz und einfach: «Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.» Man könnte nun erwarten, dass das Gesetz im folgenden die Ausdrücke «widerrechtlich» und «Fahrlässigkeit» näher beschreibt¹³. Dies ist jedoch nicht der Fall. Vielmehr ist es der Doktrin und der Rechtsprechung überlassen worden, den Begriffen Widerrechtlichkeit und Verschulden die nötigen Konturen zu verleihen¹⁴. Ebenso ist die Schadenersatzvoraussetzung des adäquaten Kausalzusammenhangs nicht im Gesetz vorgeschrieben, sondern sie verdankt ihre Existenz der Lehre und Praxis¹⁵.

Das Vorliegen eines Schadens als primäre Voraussetzung einer eventuellen Haftung scheint auf den ersten Blick keine Probleme aufzuwerfen. Dass auch dieses gesetzliche Erfordernis¹⁶, das die Haftungsfrage überhaupt ins Rollen bringt, Anlass zu Diskussionen geben kann, soll später dargelegt werden¹⁷.

2. Im vertraglichen Bereich

Ausgehend von der vertragsrechtlichen Generalklausel der Schuldnerhaftung, Art. 97 Abs. 1 OR, bilden wie in Art. 41ff. OR der Schaden, der adäquate Kausalzusammenhang, das Verschulden und – anstelle der Widerrechtlichkeit – die Vertragsverletzung¹⁸ den nach herrschender Lehre notwendigen Voraussetzungskatalog zur Ersatzpflicht¹⁹.

¹³ Zu den Begriffen Vorsatz und Fahrlässigkeit (Schuld) im Strafrecht vgl. Art. 18 Abs. 2 und 3 StGB.

¹⁴ Vgl. dazu den Aufsatz von Giger: «Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden.»

¹⁵ Schwartz S. 2f.: Der Begriff taucht beim BGer erstmals in einem Entscheid vom 6.2.1915 auf (BGE 41 II 94).

¹⁶ Art. 41ff. OR, insbes. Art. 42 OR: «Wer Schadenersatz beansprucht, hat den Schaden zu beweisen.»

¹⁷ Vgl. hinten S. 24f.

¹⁸ A. Keller S. 315: «Widerrechtlichkeit liegt in der Vertragsverletzung.»; Giger, Berührungspunkte, S. 380; Keller I S. 198; Bucher, OR S. 298.

¹⁹ Keller/Landmann Tafeln 9/10/37/44/52; Guhl S. 60ff., S. 217f.; Keller I S. 217.

III. Voraussetzungen im einzelnen

1. Schaden

A) Begriff

Unter dem Begriff des Schadens ist eine Vermögensverminderung zu verstehen, wobei unter Vermögen in einem weiten Sinne alle wirtschaftlich bedeutsamen und messbaren Güter der daran berechtigten Person zu verstehen ist²⁰. Die Verletzung dieser Güter muss sich allerdings in ökonomischer Hinsicht auswirken: Der Schaden muss als Vermögensverminderung wirtschaftlich messbar sein²¹. Er wird definiert als «Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte»²².

Die Verletzung des Rechtsgutes²³ selbst soll bei diesem Verständnis des Schadensbegriffs nicht als Schaden bezeichnet werden²⁴, obwohl in der Tat aufgrund einer Rechtsgutverletzung meistens ein wirtschaftlicher, d.h. ein in Geld umrechenbarer Nachteil entsteht. Aber eben nicht durchwegs: So sind Fälle denkbar, wo Verletzungen fremder Rechtsgüter nicht zu einer Vermögensverminderung führen. Es können z.B. bei einem Eingriff in die körperliche Integrität die Wirkungen so gering²⁵, oder bei einer an sich schwereren Körperverletzung die Umstände derart gelagert sein²⁶, dass aus der zweifelsohne gegebenen Beeinträchtigung des Rechtsguts keine wirtschaftlichen Nachteile resultieren. Oder es kann sich der Eingriff in fremdes Eigentum als Zerstörung einer, selbst für den Betroffenen, wertlosen Sache erweisen. Auch hier liegt kein Schaden vor²⁷. Die Begründung einer Schadenersatzpflicht ist in diesen Fällen nicht vertretbar, da zwar ein Eingriff in geschützte Rechtsgüter²⁸ erfolgt ist, dieser sich aber für den

²⁰ Oftinger I S. 53: Nicht nur Geld und weitere Sachen gehören dazu, sondern ganz allgemein die Integrität der Persönlichkeit, insbesondere Ehre, Kredit, wirtschaftliche Freiheit.

²¹ Guhl S. 58.

²² BGE 87 II 291, BGE 97 II 176.

²³ Leben, körperliche Integrität, Persönlichkeit, Eigentum/Besitz, Treu und Glauben; vgl. Keller/Landmann Tafel 44.

²⁴ Siehe auch Deutsch, Haftungsrecht, S. 271 N 26 a.E.; a.M. Giger, Berührungspunkte, S. 381: «Die Vermögensdifferenztheorie bietet in Wirklichkeit keine Definition des Schadens, sondern einen Berechnungsmodus. Der Substanzschaden besteht in einer Rechtsgüterverletzung.»

²⁵ Bsp. Kratzer, Kopfschmerzen.

²⁶ Zu denken ist etwa an eine Armverletzung während der Ferien, die ohne ärztliche Hilfe kuriert wird und zu keinem Arbeitsausfall führt.

²⁷ Keller/Landmann Tafeln 15/16.

²⁸ Körperliche Integrität bzw. Eigentum.

Betroffenen nicht in einer Vermögensverminderung auswirkt. Schaden im Sinne des haftpflichtrechtlichen Voraussetzungskatalogs ist daher nicht mit der Rechtsgutverletzung gleichzusetzen, sondern vielmehr ist für seine Umschreibung auf die herrschende Differenztheorie abzustellen.

B) Schaden im Vertragsrecht

Ausgehend von der Definition des Schadens als Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte, gelangt man, je nachdem, was bei den Vertragsverletzungen als schädigendes Ereignis betrachtet wird, zu zwei unterschiedlichen Schadensarten: Wird das Ausbleiben der Erfüllung dem schädigenden Ereignis gleichgesetzt, so führt das zur Frage, wie hoch das Vermögen des Geschädigten wäre, wenn der Schuldner die versprochene Leistung erbracht hätte. Die Differenz wird Erfüllungsinteresse oder positives Vertragsinteresse genannt²⁹.

Sieht man aber das Setzen eines unzutreffenden Vertrauenstatbestandes, nämlich das Vertrauen auf gehörige Erfüllung des Vertrages, als schädigendes Ereignis an, so muss die Frage gestellt werden, wie hoch das Vermögen des Geschädigten wäre, wenn er sich nicht auf den Vertrag eingelassen und nicht auf dessen Erfüllung vertraut hätte. Diese Differenz der Vermögensstände wird als Vertrauensschaden oder negatives Vertragsinteresse bezeichnet³⁰.

Welche Schadensart der Schadensberechnung im Einzelfall zugrunde gelegt wird, soll hier nicht näher erörtert werden. Es sei lediglich darauf hingewiesen, dass der Schaden in der Regel nach dem Erfüllungsinteresse berechnet wird³¹.

2. Adäquater Kausalzusammenhang

A) Begriff

Neben dem Vorliegen eines natürlichen Kausalzusammenhanges³², d.h. nach der Prüfung der Frage, ob im naturgesetzlichen Sinn ein Ereignis die Ursache für den Schaden darstellt, ist weiter die Frage nach dem adäquaten Kausalzusammenhang zu stellen³³. Da nämlich die Ursachenkette beim

²⁹ Guhl S. 67; v. Tuhr/Peter S. 86.

³⁰ Guhl S. 67; v. Tuhr/Peter S. 86.

³¹ Guhl a.a.O.

³² Keller/Landmann Tafeln 36 a/b; Oftinger I S. 74; Guhl S. 61.

³³ Keller/Landmann Tafeln 37/38; Oftinger I S. 71ff.; Guhl S. 61f.; v. Tuhr/Peter S. 97ff.

natürlichen Kausalzusammenhang beliebig weit in die Vergangenheit zurückverfolgt werden kann, hat sich das Recht mit solchen Ursachen zu befassen, die mit dem Schaden in einem naheliegenden Zusammenhang stehen. Adäquanz bedeutet somit nichts anderes, als die im Hinblick auf die Zurechenbarkeit eines Verhaltens rechtlich relevanten Ursachen in einer ganzen Kausalkette. Beim Entscheid darüber, welche Ursachen als adäquat für die eingetretene Wirkung zu betrachten sind, wird auf die allgemeine Lebenserfahrung abgestellt: Ein natürlicher Kausalzusammenhang ist dann adäquat, wenn nach dem natürlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung die betreffende Ursache geeignet war, den eingetretenen Schaden zu bewirken³⁴.

B) Erforderlichkeit des Adäquanzbegriffs

a) Im Bereich der Verschuldenshaftung

Die Umschreibung des adäquaten Kausalzusammenhanges³⁵ zeigt, dass die Frage nach der adäquaten Ursache ex post beurteilt wird, d.h. nachträglich, vom Standpunkt des Richters aus, bei Kenntnis der gesamten tatbeständlichen Situation³⁶. Für die Bejahung der Adäquanz ist entscheidend, ob der Erfolg objektiv geeignet ist, als Wirkung einer bestimmten Ursache betrachtet zu werden, oder umgekehrt, ob eine Ursache geeignet ist, einen Erfolg von der Art des tatsächlich eingetretenen herbeizuführen. Sofern Adäquanz angenommen wird, muss immer auch eine objektive Voraussehbarkeit des Schadens gegeben sein: Eine Ursache kann nur dann «geeignet» sein, einen bestimmten Erfolg zu bewirken, wenn dieser zumindest in irgendeiner Weise voraussehbar ist³⁷. Ob der fragliche Haftpflichtige subjektiv mit dem eingetretenen Schaden rechnen konnte, ist für die Frage der Adäquanz nicht von Bedeutung. Die subjektive Voraussehbarkeit – nicht aber die objektive – wird bei der Frage nach dem adäquaten Kausalzusammenhang nicht geprüft, sondern allenfalls erst bei der Feststellung des Verschuldens³⁸. Da aber in der heutigen Verschuldenslehre in den meisten Fällen von einem objektivierten Verschuldensbegriff ausgegangen wird³⁹, der nur noch beschränkt auf die Individualität des einzelnen Rücksicht nimmt, wird auch bei der Frage der Voraussehbarkeit eines Schadens nicht mehr auf das diesbezügliche Vermögen des betreffenden

³⁴ Keller/Landmann Tafel 37; v. Tuhr/Peter S. 97, 99; BGE 108 II 53, 103 II 245, 101 IV 70.

³⁵ Vgl. N 34.

³⁶ Oftinger I S. 76.

³⁷ Vgl. auch Oftinger I S. 77 N 19.

³⁸ Oftinger I S. 77; Prüfung der mangelnden subjektiven Voraussehbarkeit nur, falls ein subjektiver Verschuldensbegriff zur Anwendung kommt.

³⁹ Vgl. hinten S. 58ff.

Haftpflichtigen Rücksicht genommen. Bei den Verschuldenshaftungen, bei welchen das Verschulden objektiviert ist, fällt somit die Frage der Adäquanz insofern mit jener des Verschuldens zusammen, als auch hier, unter dem Aspekt der Sorgfaltsverletzung, nach der Voraussehbarkeit des Schadens gefragt wird⁴⁰.

Ebenso muss zuweilen zur Begründung der Rechtswidrigkeit auf die objektive Voraussehbarkeit eines Erfolges abgestellt werden⁴¹. Es taucht also die nämliche Fragestellung wie bei der Adäquanz auch im Bereich der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens auf. Der Grund liegt darin, dass die bei der Adäquanz zu treffende Abklärung bezüglich Geeignetheit oder Voraussehbarkeit der Bewirkung eines Schadens als ein dem Sorgfaltsbegriff immanentes Problem aufzufassen ist. Da man die Sorgfalt sowohl zur Beurteilung der Rechtswidrigkeit als auch des Verschuldens heranzieht, erlangt die Adäquanz keine selbständige Funktion, sondern dient lediglich der Ermittlung der Sorgfaltsverletzung⁴².

Aber auch wenn zur Abklärung des Verschuldens subjektive Momente des Haftpflichtigen berücksichtigt werden, erübrigt sich die Frage nach der Adäquanz als eigenständige Haftungsvoraussetzung. Es kommt in solchen Fällen nur darauf an, mit welchem Erfolg der Schädiger dank seiner Befähigung und Lebenserfahrung rechnen konnte.

Mit dem Verzicht auf eine Prüfung der Adäquanz als eine von Verschulden und Widerrechtlichkeit unabhängige Haftungsvoraussetzung lässt sich auch die Frage bejahen, ob der Schädiger für eine ganz ungewöhnliche Folge seines Verhaltens, die er jedoch aufgrund seiner persönlichen Erfahrung voraussehen konnte, einzustehen habe⁴³. Wollte man hingegen an der adäquaten Kausalität als gesondert zu prüfende Haftungsvoraussetzung festhalten, könnte der Schädiger für eine an sich inadäquate Folge seines Handelns, die ihm aber bekannt war, nicht belangt werden, da es an der Haftungsvoraussetzung der Adäquanz fehlt. Wird die Frage aber richtigerweise bei der Prüfung des Verschuldens gestellt, kann unter dem Postulat, dass besondere Fähigkeiten – so auch das dem Täter eigene Wissen um einen Erfolg – einzusetzen sind⁴⁴, ein Verschulden des Handelnden und damit seine Haftbarkeit begründet werden.

⁴⁰ Schwartz S. 1ff., S. 14; Guhl S. 62; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 119: «Da aber die Sorgfaltswidrigkeit die Adäquität einschliesst, bedarf es nicht der besonderen Feststellung der sog. haftungsbegründenden Kausalität.»; vgl. auch die Ausführungen zum Verschulden, hinten S. 39f.

⁴¹ Vgl. hinten S. 87ff.

⁴² Über das unterschiedliche Sorgfaltsmass, welches für die Statuierung der Rechtswidrigkeit bzw. des Verschuldens zur Anwendung gelangt, vgl. hinten S. 73f., 95.

⁴³ Schwartz S. 5f.; a.M. Otfinger I S. 77 N 20: «Hier taugt die Adäquanzlehre: die Frage ist zu verneinen.»

⁴⁴ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 143; Deutsch, Haftungsrecht, S. 279f.; vgl. hinten S. 64f.

b) Im Bereich der Kausalhaftung

Wenn soeben der Begriff der adäquaten Kausalität für die Verschuldenshaftungen als entbehrlich abgelehnt wurde, so kommt man auf dem Gebiet der Kausalhaftungen nicht umhin, diesen als Haftungsvoraussetzung beizuziehen. Ausgehend vom Grundgedanken der Kausalhaftungen, jemanden, der in rechtmässiger Weise aus einer Sache Nutzen zieht, für die damit verbundene Gefährdung Dritter auch ohne Verschulden eintreten zu lassen, entspricht es andererseits, seine Haftung auf ein vernünftiges Mass zu beschränken. Anhaltspunkt dafür sind die dem haftungsbegründenden Verhältnis innewohnenden Gefahren. Mit dem Begriff «Gefahr» ist aber derjenige der Voraussehbarkeit untrennbar verbunden, denn «Gefahr» setzt begrifflich das Wissen oder Wissenmüssen um die Möglichkeit eines schädigenden Erfolges voraus⁴⁵. Jedoch fällt nur die der allgemeinen Erfahrung entsprechende, den Urteilsfähigen zugängliche Voraussehbarkeit in Betracht. Wo diese objektive Voraussehbarkeit fehlt, kann nicht von einer Gefahr gesprochen werden, und es bleibt für die Kausalhaftung kein Raum.

3. Widerrechtlichkeit

A) Begriff

Wenn das Gesetz in Art. 41 OR, dem Grundtatbestand der ausservertraglichen Haftung, vermerkt, dass derjenige zum Ersatze verpflichtet wird, der «einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit», so wird zwar nichts über den Begriff der Widerrechtlichkeit, aber etwas über deren Funktion ausgesagt: Die Widerrechtlichkeit oder Rechtswidrigkeit hat im Haftpflichtrecht die Funktion einer Voraussetzung der Schadenersatz- und der Genugtuungspflicht⁴⁶. Daneben ermöglicht sie gemäss Art. 28 Abs. 1 ZGB einem in seiner Persönlichkeit widerrechtlich Verletzten, den Richter anzurufen. Der Unterlassungs- und der Beseitigungsanspruch⁴⁷ dienen dem Kläger dazu, Rechtsschutz zu erlangen, ohne dass bereits ein Schaden vorliegen muss⁴⁸. Hierin unterscheidet sich der defensive Rechtsschutz⁴⁹ als Abwehrmassnahme gegen eine bevorstehende oder fortdauernde Störung grundsätzlich von der Geltend-

⁴⁵ Schwartz S. 13; vgl. auch bei N 37.

⁴⁶ Oftinger I S. 127; zu den Voraussetzungen des Genugtuungsanspruchs nach Art. 47 und 49 OR vgl. Keller/Landmann Tafeln 113/114/115.

⁴⁷ Art. 28a Ziff. 1 und 2 ZGB.

⁴⁸ Schaden im Sinne einer Vermögensverminderung (als Voraussetzung für den Schadenersatz) oder einer immateriellen Unbill (als Voraussetzung für die Genugtuung).

⁴⁹ Vgl. dazu hinten S. 96ff.

machung des Schadenersatz- oder Genugtuungsanspruchs. Art. 28 ZGB verlangt denn auch neben einer Verletzung der Persönlichkeit «nur» deren widerrechtlichen Charakter⁵⁰.

Der Gesetzgeber liess es also an einer Definition des Begriffs «widerrechtlich» fehlen. Auch die Wortinterpretation von Art. 41 OR gibt nicht viel her: «Widerrechtlich» als «wider das Recht» zu verstehen, führt nicht weiter. Denn sofort taucht die Frage auf, ob unter «Recht» die Gesamtheit aller Normen unserer Rechtsordnung zu verstehen oder ob nicht das «Recht» als abstrakter Begriff, als Inbegriff der Prinzipien, die der positiven Rechtsordnung zugrunde liegen, aufzufassen sei⁵¹.

B) Widerrechtlichkeit in Doktrin und Praxis

a) Subjektive und objektive Widerrechtlichkeitstheorie

Oftinger geht bei seiner Betrachtung der Widerrechtlichkeit von der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie aus, die er der Theorie der subjektiven Widerrechtlichkeit gegenüberstellt⁵². Letztere wertet eine schädigende Handlung dann als widerrechtlich, wenn ihr keine besondere Berechtigung zugrunde liegt, der Täter also nicht im Rahmen eines ihm zustehenden Rechts gehandelt hat⁵³. Diese Theorie darf heute als überwunden angesehen werden⁵⁴.

So wird dann auch zumeist zur Begründung der Widerrechtlichkeit die objektive Widerrechtlichkeitstheorie herangezogen. Sie besagt folgendes: Widerrechtlich ist der Verstoss gegen Normen, die direkt oder indirekt Schädigungen untersagen, m.a.W. den Rechtsgenossen ein Schädigungen vermeidendes Verhalten vorschreiben⁵⁵. Auch das Bundesgericht beruft sich in konstanter Praxis auf die objektive Widerrechtlichkeitstheorie: «Ein schädigendes Verhalten gilt dann als widerrechtlich, wenn es gegen geschriebene oder ungeschriebene Gebote oder Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dienen.»⁵⁶

⁵⁰ Zu den Voraussetzungen: Tuor/Schnyder S. 83f.

⁵¹ v. Wattenwyl S. 415: Den Verstoss gegen Normen des positiven Rechts bezeichnet er als formelle, den Verstoss gegen die Idee des Rechts als materielle Widerrechtlichkeit; Giger, Berührungspunkte, S. 379: Wider das Recht bedeutet Normverstoss; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 200: «Rechtswidrig ist, was im Widerspruch zur Rechtsordnung steht.»

⁵² Oftinger I S. 128ff.

⁵³ Oftinger I S. 129 N 4; Guhl S. 164; Simonius S. 262; Homberger S. 23.

⁵⁴ Oftinger I S. 129 N 4; a.M. Simonius S. 264f.: Die Unerlaubtheit bei Eingriffen in Persönlichkeitsrechte geht «nur aus der Feststellung hervor, dass der Urheber des Schadens nicht im Rahmen eines eigenen, ohne Missbrauch ausgeübten Rechts gehandelt hat,....»

⁵⁵ Oftinger I S. 128; Guhl S. 164; Keller/Landmann Tafel 44.

⁵⁶ BGE 88 II 280, 90 II 279, 91 II 401, 93 II 183, 95 II 106, 95 III 91.

Auf den ersten Blick scheint es, dass die objektive Widerrechtlichkeitstheorie zur Feststellung der Rechtswidrigkeit stets auf ein normwidriges Verhalten des Schädigers abstellt, somit danach fragt, auf welche Art und Weise der Schaden eingetreten ist⁵⁷. Dies ist jedoch keineswegs immer der Fall. Vielmehr wird in der Praxis wie auch in der Literatur zur Begründung der Widerrechtlichkeit nach der objektiven Theorie vielfach vom Erfolg der schädigenden Handlung ausgegangen⁵⁸. Die Handlung selbst, die zur Rechtsgüterverletzung geführt hat, tritt dabei in den Hintergrund.

b) Rechtsgüterverletzungstheorie

Die Tatsache, dass innerhalb der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie einerseits der Verstoss gegen konkrete Gesetzesbestimmungen, andererseits die Rechtsgutverletzung zur Begründung der Rechtswidrigkeit herangezogen wird, lässt sich damit erklären, dass die Vertreter der Rechtsgüterverletzungstheorie den Begriff der «Norm» sehr weit ausgedehnt haben. Das «Neminem laedere»- oder «Alterum non laedere»- Prinzip wird in den Rang einer eigentlichen Haftpflichtnorm erhoben und erhält damit die Funktion einer Generalklausel zur Herleitung der Widerrechtlichkeit⁵⁹. Wenn die Widerrechtlichkeitsbetrachtung aber beim Erfolg ansetzt, bei einer Rechtsgutverletzung, die sich zugleich als Verstoss gegen das Prinzip des «Neminem laedere» und somit als «Normverstoss» manifestiere, müsste wohl jede Verletzung eines absoluten Rechts als grundsätzlich widerrechtlich erscheinen⁶⁰. Ausdrücklich heisst es bei Merz: «Wo ein absolutes Recht verletzt worden ist, braucht nicht weiter nach der Widerrechtlichkeit gefragt zu werden. Sie ist gegeben, gleichgültig wie der Schädiger gehandelt hat.»⁶¹

Die herrschende Lehre zieht beide Theorien zur Begründung der Rechtswidrigkeit heran: Die Rechtsgüterverletzungstheorie steht dabei neben der Normverstosstheorie⁶². Insbesondere in jenen Fällen, wo nicht ein absolutes Recht verletzt wurde – man denke beispielsweise an die Forderungsverletzungen im Vertragsrecht –, muss gezwungenermassen auf die Normverstosstheorie gegriffen werden. Auch lässt sich die Widerrechtlichkeit von Schädigungen im wirtschaftlichen Konkurrenzkampf nicht mit

⁵⁷ Sog. Normverstosstheorie; Giger, *Berührungspunkte*, S. 377ff.; vgl. hinten S. 31f.

⁵⁸ Sog. Rechtsgüterverletzungstheorie; Giger, *Berührungspunkte*, S. 377ff.; vgl. nachstehend b.

⁵⁹ So z.B. Merz S. 309: «Es geht dabei nur darum, im absoluten Recht die mit ihm untrennbar verbundene, an alle Rechtsgenossen gerichtete Verhaltensvorschrift des 'Du sollst nicht...' zu erkennen.»; ablehnend Giger, *Berührungspunkte*, S. 379 und Widmer, *Gefahrensatz*, S. 304f.

⁶⁰ Guhl S. 165; Merz S. 309f.; Homberger S. 25; Keller/Landmann *Tafel* 44; Oftinger I S. 132.

⁶¹ Merz S. 309.

⁶² Guhl S. 164ff.; Aebi S. 29; Oftinger I S. 128ff. unterscheidet zwischen Widerrechtlichkeit im engeren und im weiteren Sinn; ebenso Keller/Landmann *Tafel* 45.

der Rechtsgüterverletzungstheorie begründen, da nach überwiegender Auffassung das Vermögen nicht zu den Rechtsgütern gezählt wird⁶³.

Ebenso geht das Bundesgericht in manchen seiner Entscheide bezüglich der Widerrechtlichkeit stillschweigend oder ausdrücklich von der Rechtsgutverletzung, also vom schädigenden Erfolg aus⁶⁴.

c) *Normverstosstheorie*

Wenn ein grosser Teil der Lehre die Widerrechtlichkeit aufgrund einer faktischen Rechtsgüterverletzung annimmt⁶⁵, ohne nach dem Normverstosscharakter der zu ihr führenden Handlung zu fragen, somit sich die Widerrechtlichkeit am Ergebnis der schädigenden Handlung orientiert, so stellt sich die Frage, ob dieses Vorgehen dem wahren Sinn der Haftungsvoraussetzung «widerrechtlich» in Art. 41 OR und in den speziellen Haftungsnormen entspricht. Liegt nicht vielmehr die Widerrechtlichkeit in einem normwidrigen Handeln, in einem Verstoss gegen bestimmte, konkret gefasste Verhaltensnormen? Denn Widerrechtlichkeit bedeutet nichts anderes als die Feststellung, etwas verstosse gegen eine Rechtsnorm. Da aber die Normadressaten ausschliesslich die Rechtssubjekte sind, können nur sie, und zwar in ihrem Verhalten, gegen solche Normen verstossen⁶⁶. Entscheidend für die Widerrechtlichkeit ist somit nicht der Erfolg einer schädigenden Handlung, sondern die schädigende Handlung als solche⁶⁷. Der Erfolg ist dabei insofern von Bedeutung, als die verletzte Norm gerade dem Schutz des beeinträchtigten Rechtsgutes diene⁶⁸.

Die Lehrmeinung, welche die Rechtswidrigkeit vom Erfolg her begründet, geht von der Annahme aus, dass jede Rechtsgüterverletzung a priori widerrechtlich sei. Zwar mag in vielen Fällen der Schluss von der Rechtsgutverletzung auf die Widerrechtlichkeit im Ergebnis richtig sein, in anderen Fällen jedoch wird diese Theorie der konkreten Situation nicht gerecht werden⁶⁹. So darf beispielsweise ein Verhalten, das in verschiedener

⁶³ Guhl S. 165; Oftinger I S. 130.

⁶⁴ BGE 95 II 93, 105 II 212.

⁶⁵ Vgl. N 60.

⁶⁶ Vgl. Koziol I S. 90f. Er setzt diese in Österreich herrschende Verhaltensunrechtslehre der in Deutschland lange Zeit herrschenden Erfolgsunrechtslehre gegenüber; vgl. auch Münzberg S. 53ff.

⁶⁷ Giger, Berührungspunkte, S. 382; Känzig S. 65, 207; v. Wattenwyl S. 428; im dt. Recht: Nipperdey S. 1777; Esser I S. 362, II S. 471f.: Handlungsunrecht und Erfolgsunrecht; Zeuner S. 4; Larenz I S. 267: Es werden erfolgsbezogener und verhaltensbezogener Unrechtsbegriff unterschieden.

⁶⁸ Oftinger I S. 131; auf den Schutzzweck der Norm stellt auch das BGE ab: BGE 88 II 280, 90 II 279, 91 II 405, 95 II 106, 95 III 91, 102 II 88.

⁶⁹ Zeuner S. 4: «... schwerlich als sachgerecht angesehen werden kann, grundsätzlich jede von einem Menschen ausgelöste Verursachung eines rechtlich missbilligten Erfolges als rechtswidrig zu kennzeichnen.»

Hinsicht streng normiert ist – zu denken ist hier etwa an Sportveranstaltungen wie Eishockey und Fussball, die nach bestimmten Wettkampffregeln durchgeführt werden – und welches in der Folge zu einer Körperverletzung führt, nicht unbeachtet eines Regelverstosses mit dem Rechtswidrigkeitsurteil belegt werden. Denn diese Regeln, wie auch die Vorschriften im Strassenverkehr, haben die Absicht, die Grenzen abzustecken, innerhalb welcher sich die Teilnehmer frei bewegen dürfen⁷⁰.

Die Normen, welche zur Begründung der Widerrechtlichkeit herangezogen werden können, ergeben sich aus der Gesamtheit der schweizerischen Rechtsordnung: Aus Privat-, Verwaltungs- und Strafrecht, gleichgültig, ob aus eidgenössischem oder kantonalem, geschriebenem oder ungeschriebenem Recht⁷¹. Besonders wichtig sind dabei die polizeirechtlichen Erlasse, welche besondere Sorgfaltspflichten auferlegen⁷². Diese Schutzvorschriften, die sich vielfach nur an bestimmte Gruppen richten, überbinden dem einzelnen Rechtsunterworfenen näher bestimmte Sorgfaltmassnahmen: Pflichten zu einem positiven Tun oder einem Unterlassen. Sie entsprechen damit dem grundsätzlichen Bedürfnis des einzelnen, über seine Rechte und Pflichten bei der Ausübung einer Tätigkeit unterrichtet zu sein, dies nicht zuletzt im Hinblick auf seine haftpflichtrechtliche Verantwortlichkeit.

Nun besteht allerdings das Problem, dass nicht jedes schädigende und verbotene Handeln aus einem geschriebenen Rechtssatz hervorgeht. Denn wenn nur eine Verletzung von im Gesetz fest umschriebenen Pflichten die Haftung begründen könnte, so würde dies zu einer Unmenge von Verboten und Vorschriften führen⁷³, und noch immer wären nicht alle unserem Rechtsempfinden zuwider laufenden Handlungen von einer Verhaltensvorschrift erfasst, aus deren Verletzung sich die Rechtswidrigkeit ableiten liesse.

Es stellt sich also die Frage, welche ungeschriebenen Rechtsnormen in den Fällen heranzuziehen sind, in denen das Gesetz ein zur Beurteilung anstehendes schädigendes Verhalten nicht regelt.

d) Gefahrensatz

Wie vorne erwähnt⁷⁴, kann auch ungeschriebenes Recht zur Begründung der Widerrechtlichkeit herangezogen werden. Eine solche Verhaltensvorschrift stellt der sog. Gefahrensatz dar. Dieser ungeschriebene, gewohnheits-

⁷⁰ Esser I S. 360f.; Esser I, 5. Aufl., Bd. 2, S. 16; Esser I, 4. Aufl., S. 62, 65; siehe auch Beispiele bei Giger, Berührungspunkte, S. 382f., die die Widerrechtlichkeit bei Gefährdungshaftungen betreffen; vgl. dazu hinten S. 34ff.

⁷¹ Oftinger I S. 129; Keller/Landmann Tafel 45; Gmür S. 620; BGer: vgl. N 56.

⁷² Oftinger S. 129, 88.

⁷³ v. Wattenwyl S. 427.

⁷⁴ Vgl. bei N 71.

rechtliche Grundsatz besagt, dass derjenige, der einen gefährlichen Zustand schafft oder unterhält, für die nötigen Schutzmassnahmen zu sorgen hat⁷⁵.

Die Bezeichnung «Verkehrssicherungspflicht»⁷⁶, die in der Schweiz vor allem im Zusammenhang mit der Absicherung von Skipisten auftaucht⁷⁷, weist auf den gleichen Sachverhalt hin wie der Gefahrensatz, ja kann als Element des Gefahrensatzes betrachtet werden, insofern nämlich, als eine Gefahrschaffung die Verkehrssicherungspflicht bedingt⁷⁸.

Die Frage drängt sich auf, wann von einer Gefahrschaffung gesprochen werden darf, die die Pflicht zum Handeln oder Unterlassen hervorruft. Die Antwort darauf mit dem Vorliegen eines Schadens geben zu wollen, muss abgelehnt werden, ansonsten von jedem Eintritt eines Erfolges, als der Verwirklichung einer «Gefahr», auf eine Verletzung des Gefahrensatzes geschlossen werden könnte⁷⁹. Vielmehr ist die konkrete Situation im Zeitpunkt der vermeintlichen Gefahrschaffung näher zu beurteilen.

Wie im Zusammenhang mit der Adäquanz bei den Kausalhaftungen erwähnt⁸⁰, ist im Begriff der Gefahr das Merkmal der Voraussehbarkeit enthalten. Neben diesem Erfordernis der Voraussehbarkeit von möglichen Schädigungen sind weitere Kriterien, wie Intensität der Gefahr und Zumutbarkeit der möglichen Vorkehrungen, heranzuziehen⁸¹. Es ist zu beachten, dass Schädigungen, welche vom Gesetz toleriert werden⁸², natürlich nicht nachträglich über den Gefahrensatz mit dem Widerrechtlichkeitsurteil belegt werden dürfen⁸³.

Sind die Kriterien des Gefahrensatzes erfüllt und lässt sich somit eine Pflicht zur Vornahme von Schutzmassnahmen begründen, so wird mit dem Zuwiderhandeln gegen den Gefahrensatz gegen ein allgemeines Gebot der Rechtsordnung verstossen. Das zur Schädigung führende betreffende Verhalten ist demzufolge widerrechtlich nach der hier vertretenen Normverstosstheorie⁸⁴. Die Meinung, den Verstoß gegen den Gefahrensatz zur

⁷⁵ Oftinger I S. 129, 88; Guhl S. 171; Stark, Skriptum, N 237ff.; Merz S. 314; Widmer, Gefahrensatz, S. 294ff., 303ff.; BGE 66 II 116, 71 II 107, 79 II 69, 81 II 569, 93 II 89, 93 II 339, 95 II 96.

⁷⁶ Vgl. Furgler, Die Verkehrssicherungspflicht im schweizerischen Haftpflichtrecht; Esser II S. 477ff.

⁷⁷ Stiffler, SJZ 67 (1971) 101ff., SJZ 64 (1968) 120; BGE III IV 15ff.

⁷⁸ Furgler S. 19, 148.

⁷⁹ Widmer, Gefahrensatz, S. 314; derselbe in Standortbestimmung, S. 320; Tercier S. 14.

⁸⁰ Vgl. vorne S. 28.

⁸¹ Furgler S. 120ff.; v. Wattenwyl S. 428; Larenz II S. 609f.; Esser II S. 472f.

⁸² Z.B. Vermögensschaden im wirtschaftlichen Konkurrenzkampf.

⁸³ Stark, Skriptum, N 273.

⁸⁴ Vgl. vorne S. 31f.

Begründung der Widerrechtlichkeit heranziehen zu dürfen, wird neben einem grossen Teil der Lehre auch vom Bundesgericht vertreten⁸⁵.

In neuerer Zeit gab die Gefahrensatztheorie jedoch Anlass zu kritischen Äusserungen im Schrifttum⁸⁶. Insbesondere Widmer möchte die Funktion des Gefahrensatzes als blosses Fahrlässigkeitskriterium verstanden wissen⁸⁷. Er weist auf die Gefahr hin, dass der Gefahrensatz zur «Generalklausel einer schrankenlosen Erfolgshaftung» ausartet, wenn jeder Schaden als Verwirklichung eines präexistenten gefährlichen Zustandes aufgefasst wird⁸⁸. Auf diese Tendenzen weist auch Yung hin, wenn er schreibt: «Die Schwäche des Systems besteht darin, dass das Bundesgericht den Begriff der Schaffung eines gefährlichen Zustandes nicht näher umschrieben hat.»⁸⁹

Wenn aber von einer qualifizierten Gefahr ausgegangen wird, die im Zeitpunkt ihrer Entstehung auch für eine in der Lage des Handelnden sich befindende Vergleichsperson voraussehbar war, so rechtfertigt es sich, den Gefahrensatz zur Beurteilung der objektiven Seite des Verhaltens, der Widerrechtlichkeit, heranzuziehen⁹⁰. Dass dabei ein Verstoß gegen den Gefahrensatz in der Regel auf ein Verschulden hinausläuft⁹¹, liegt nicht an der Untauglichkeit des Gefahrensatzes, sondern an der Tatsache, dass das Verschulden meist objektiviert wird.

e) *Widerrechtlichkeit bei Kausalhaftungen*

Das negative Kennzeichen der Kausalhaftungen, dass ein Verschulden des Haftpflichtigen nicht Voraussetzung seiner Haftbarmachung ist, wird allgemein anerkannt⁹². So genügt es, dass der Geschädigte neben dem Vorliegen eines Schadens den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem haftungsbegründenden Tatbestand darzutun vermag⁹³. Ob dabei die Widerrechtlichkeit als weitere Haftungsvoraussetzung geprüft werden muss, soll im folgenden abgeklärt werden.

Wird die Frage nach der Rechtswidrigkeit auch bei den Kausalhaftungen gestellt, so sind zwei Antworten möglich, je nachdem, ob die Widerrecht-

⁸⁵ Furgler S. 148; Oftringer I S. 89, 129; Guhl S. 171; Stark, Skriptum, N 274; v. Wattenwyl S. 428: Er gebraucht nicht den «Gefahrensatz»-Begriff, sondern spricht von «nach herrschender Auffassung unerlaubter Gefährdung eines Rechtsgutes»; BGE: vgl. N 75.

⁸⁶ Vgl. Widmer, 'Gefahren des Gefahrensatzes' und 'Standortbestimmung im Haftpflichtrecht', S. 319 ff.; Yung S. 116 ff.; Tercier S. 14.

⁸⁷ Widmer, Gefahrensatz, S. 305.

⁸⁸ Widmer, Gefahrensatz, S. 314; derselbe, Standortbestimmung, S. 320.

⁸⁹ Yung S. 116.

⁹⁰ Vgl. auch die Ausführungen zu den Gefährdungsnormen hinten S. 84 ff.

⁹¹ Oftringer I S. 89, 150 f.; Stark, Skriptum, N 458.

⁹² Statt vieler: Oftringer I S. 16.

⁹³ Mit der Bezeichnung «Kausalhaftung» wird bereits auf die Eigentümlichkeit dieser Haftung ohne Verschulden hingewiesen: Kausale Erfolgsverursachung steht im Vordergrund.

lichkeit mit der Rechtsgutverletzung, d.h. mit dem Erfolg, oder mit dem Normverstoss, d.h. mit dem Verhalten, begründet wird. Wenn Oftinger sagt, konsequenterweise sei auch bei der Kausalhaftung die Widerrechtlichkeit als Voraussetzung der Haftbarmachung zu betrachten⁹⁴, so wohl deshalb, weil er die Widerrechtlichkeit nicht nur verhaltens-, sondern auch erfolgsbezogen begründet⁹⁵. Wird hingegen abgestellt auf das Verhalten des Schädigers, so müsste ein völlig korrektes, den Vorschriften entsprechendes Handeln vom Vorwurf der Widerrechtlichkeit bewahren, und damit wäre dem Geschädigten auch ein Haftpflichtanspruch verwehrt. Nachstehendes Beispiel sei zur Erläuterung herbeigezogen: Ein vorschriftsgemäss sich verhaltender Automobilist verletzt ein Kind, das in die Fahrbahn rennt, tödlich⁹⁶. Sofern die Rechtsgutverletzung die Widerrechtlichkeit begründet, ist sie mit der Tötung, als Verletzung der körperlichen Integrität, unbestreitbar gegeben⁹⁷. Die andere Ansicht, dass nur ein regelwidriges Verhalten widerrechtlich ist, führt folgerichtig zum Ausschluss der Widerrechtlichkeit im vorliegenden Fall⁹⁸. Vergegenwärtigt man sich aber der Tatsache, dass es ausser den Kausalhaftungen, die den Sorgfaltsbeweis vorsehen und somit das sorgfältige Verhalten des Schädigers berücksichtigen⁹⁹, auch Kausalhaftungen gibt, die die Bedeutung einer Verantwortlichkeit für Schadensursachen haben können, die nicht in einem menschlichen Verhalten bestehen, sondern allein auf Zufall zurückzuführen sind¹⁰⁰, so lässt sich daraus ableiten, dass der Gesetzgeber die Kausalhaftungen nicht generell von einem rechtswidrigen menschlichen Verhalten abhängig machen wollte. Hier hat nun eine rechtspolitische Argumentation einzusetzen: Die Haftung trifft den Verantwortlichen meist unabhängig von seinem Verhalten aus anderen Gründen: Dem Gefährdungsschuldner beispielsweise wird als Kompensation für die Nutzung des Gefahrenpotentials, die allerdings einem öffentli-

⁹⁴ Oftinger I S. 135; vgl. auch Keller/Landmann Tafel 44, wo zur Begründung der Voraussetzung der Widerrechtlichkeit auf den Normzweck von Art. 41 Abs. 1 OR verwiesen wird.

⁹⁵ Oftinger I S. 130: Begriff der «Widerrechtlichkeit im engeren Sinne», die er im Bereich der Kausalhaftungen als dominierend betrachtet.

⁹⁶ Beispiele bei Oftinger I S. 136 N 42; Giger, Berührungspunkte, S. 383; Esser I, 4. Aufl., S. 62.

⁹⁷ Oftinger I S. 136 N 42: «... unannehmbar, dass eine von einem Gefährdungshaftpflichtigen, z.B. einem Automobilisten, der sich vorschriftsgemäss verhalten hat, bewirkte Tötung rechtmässig sei.»

⁹⁸ So Giger, Berührungspunkte, S. 383; Esser I, 4. Aufl., S. 65f.; Nipperdey S. 1778.

⁹⁹ Den Sorgfaltsbeweis sehen vor: Art. 55 und 56 OR, Art. 333 ZGB. Zu dieser Gruppe von Kausalhaftungen gehört auch Art. 54 OR (Haftung des Urteilsunfähigen): Hier wird für die Haftung eine Sorgfaltsverletzung im Sinne des Abweichens vom Normalverhalten vorausgesetzt. Vgl. auch Keller/Landmann Tafel 156a.

¹⁰⁰ Zu dieser Gruppe von Kausalhaftungen können jene Kausalhaftungen gezählt werden, die keine Befreiungsmöglichkeit durch den Sorgfaltsbeweis vorsehen, wie z.B. Art. 58 OR, Art. 679 ZGB. Ferner alle Gefährdungshaftungen. Vgl. auch Oftinger I S. 19; Koziol II S. 308.

chen Interesse entspricht, eine gesteigerte Risikoverantwortung auferlegt¹⁰¹. Wie Esser in diesem Zusammenhang richtigerweise bemerkt¹⁰², hat die Widerrechtlichkeit eigentlichen materialen Gehalt nur im Kontext der Verschuldenshaftung, wo es darum geht, aus den Erfolgsherbeiführungen diejenigen herauszugreifen, bei denen das an den Tag gelegte Verhalten zu beanstanden und deshalb mit entsprechenden Sanktionen zu belegen ist.

Wenn wir die Gefährdungshaftungen und die Kausalhaftungen ohne Sorgfaltsbeweis demzufolge als Haftungen verstehen, die weder ein objektiv rechtswidriges Verhalten noch ein Verschulden voraussetzen¹⁰³, so sind zur Haftbarmachung des Schädigers nur die beiden Voraussetzungen des Vorliegens eines Schadens und der adäquaten Kausalität zwischen Ursache und Schaden abzuklären. Dem Begriff «widerrechtlich» fehlt hier jede eigenständige Bedeutung.

4. Verschulden

A) Begriff

Das Verschulden kann als «eine Missbilligung enthaltende Qualifikation menschlichen Verhaltens» umschrieben werden¹⁰⁴. Im Unwerturteil über das betreffende menschliche Verhalten ist der Vorwurf an den Handelnden eingeschlossen, er habe sich bei seinem Verhalten nicht von denjenigen Grundsätzen leiten lassen, die für ihn aufgrund des Schuldverhältnisses, das zwischen ihm und dem Geschädigten bestand, oder aufgrund der allgemeinen Regeln, die das menschliche Zusammenleben ordnen, massgebend sein mussten¹⁰⁵.

Seinem Wesen nach ist das Verschulden ein Willensfehler. Der Willensvorwurf, den wir gegen andere erheben, ist getragen von der Vorstellung des Anderssollens und des Anderskönnens. An diese Vorstellung werden das Verantwortlichkeitsgefühl und die Vergeltungsidee angeknüpft¹⁰⁶. Die

¹⁰¹ Esser I S. 358; Oftinger I S. 21; Homberger S. 31a, 33a; Nipperdey S. 1778: «Die Gefährdungshaftung schafft in diesen Fällen den notwendigen Ausgleich, indem sie den entstehenden Schaden trotz Rechtmässigkeit der schädigenden Handlung – je nach Interessenlage – ganz oder teilweise auf denjenigen abwälzt, der das soziale Gemeinschaftsleben durch zwar rechtmässiges, aber mit typischen Gefahren verbundenes Verhalten bedroht.»

¹⁰² Esser I S. 359.

¹⁰³ So bereits Homberger S. 30a; Nipperdey S. 1778; Koziol I S. 90: «Unabhängig von der Rechtswidrigkeit ist hingegen die Gefährdungshaftung»; vgl. als Bsp. einer Gefährdungshaftungsnorm Art. 58 Abs. 1 SVG: «Wird durch den Betrieb eines Motorfahrzeuges ein Mensch getötet oder verletzt oder Sachschaden verursacht, so haftet der Halter für den Schaden.»

¹⁰⁴ Oftinger I S. 138; Giger, Berührungspunkte, S. 386.

¹⁰⁵ Guhl S. 72.

¹⁰⁶ Rümelin S. 10; Homberger S. 18f.

Schuld als Willensschuld aufzufassen, d.h. Fehler in jenem inneren Geschehen, das wir als Willenstätigkeit bezeichnen, als entscheidend für die missbilligende Betrachtung anzusehen, entspricht denn auch der noch heute geltenden Praxis in der Strafrechtswissenschaft¹⁰⁷.

Dass sich der Begriff der Schuld im Zivilrecht jedoch nicht deckt mit demjenigen im Strafrecht, darauf hat schon Rümelin hingewiesen¹⁰⁸: Er hebt hervor, dass der Vorwurf schuldhafte Verhaltens nicht auf Willensfehler beschränkt bleiben kann. Es vermag auch ein Mangel an Wissen oder Können, ein sog. Wissensfehler, die haftpflichtrechtliche Schuld zu begründen¹⁰⁹. Ein solch objektivierter Verschuldensbegriff, der sich von der persönlichen Vorwerfbarkeit einer Handlung löst und dafür von einem unter den gegebenen Verhältnissen als angebracht gedachten Durchschnittsverhalten ausgeht¹¹⁰, lässt sich mit der Aufgabe des Zivilrechts erklären: Nicht die Feststellung der Schuld im ethischen Sinne, sondern die Umschreibung des Umfanges des Verhaltens, das sich die Rechtsgenossen schulden, ist primäre Aufgabe des Zivilrechts¹¹¹. Andererseits nötigt das menschliche Zusammenleben, sich auf ein Minimum von positiven Eigenschaften und Fähigkeiten verlassen zu können, zu dieser Auffassung des Verschuldensbegriffs¹¹².

B) Funktion

Die Funktion des Verschuldens ist eine doppelte, je nachdem, ob vom dogmatischen oder vom rechtspolitischen Standpunkt aus betrachtet: Einerseits wirkt das Verschulden haftungsbegründend, sofern es für den eingetretenen Schaden als ursächlich zu bezeichnen ist. Andererseits gilt es als das in unserer Rechtsordnung vorherrschende Haftungsprinzip¹¹³. Wie im Strafrecht der Grundsatz herrscht «nulla poena sine culpa»¹¹⁴, so

¹⁰⁷ Vgl. Art. 18 Abs. 3 StGB, wo neben den Umständen auf die persönlichen Verhältnisse des Täters abgestellt wird zur Beurteilung der Fahrlässigkeit; Tobler S. 22ff.; Rümelin S. 8ff.; Schultz AT S. 179: «Strafe ist nur dann begründet, wenn der Verstoß gegen die rechtlichen Normen auf die verfehlte Willensbildung des Täters zurückging.»

¹⁰⁸ Rümelin S. 37; Tobler S. 13: «Schuld, die Strafe zur Folge hat, braucht sich daher mit Schuld, die nach Schadenersatz verlangt, nicht zu decken.»

¹⁰⁹ Abweichend v. Tuhr/Peter S. 430: «Denn Verschulden kann nur auf einem Fehler des Willens beruhen, nicht auf Schwäche des Intellekts oder gar auf der körperlichen Beschaffenheit des Täters.»

¹¹⁰ Oftinger I S. 141; Homberger S. 20.

¹¹¹ Tobler S. 104.

¹¹² Oftinger I S. 144.

¹¹³ Vgl. vorne S. 22; Jhering S. 40: «Nicht der Schaden verpflichtet zum Ersatz, sondern die Schuld»; Oftinger I S. 138; Homberger S. 16ff.

¹¹⁴ Schultz AT S. 179; Stratenwerth AT S. 30, 238; Der Grundsatz «Keine Strafe ohne Schuld» ist nicht ausdrücklich im Strafgesetzbuch enthalten. Vgl. aber Art. 18 und 63 StGB.

gilt auch auf dem Gebiet des Haftpflichtrechts, dass nur kraft besonderer Regelung jemand verantwortlich gemacht werden kann, wenn ihn kein zivilrechtliches Verschulden trifft. Wo aber das Verschuldensprinzip gilt, zieht jedes Verschulden, somit auch das leichte, Haftung nach sich.

C) Arten

Ausgehend von der Tatsache, dass die vorne besprochenen Haftungsvoraussetzungen – Schaden, Widerrechtlichkeit, Adäquanz – Beurteilungen von äusseren objektiven Vorgängen sind und dass das Verschulden bei der Verschuldenshaftung auf innere, in der Täterpersönlichkeit liegende Aspekte Bezug nimmt, lassen sich die zwei verschiedenen Graduierungen von Verschulden unterscheiden: Vorsatz und Fahrlässigkeit. Als sog. objektive Seite des Verschuldens bezeichnen beide ein Abweichen von einem gewünschten Durchschnittsverhalten. Die subjektive Seite des Verschuldens, die Urteilsfähigkeit, geht der Frage der Zurechenbarkeit einer schädigenden Handlung zum Verschulden nach¹¹⁵.

a) Vorsatz

Auch wenn das Gesetz neben «Vorsatz» Begriffe wie «Absicht», «Arglist» oder «böswillig» gebraucht, so ist im Zivilrecht immer dasselbe gemeint: Die missbilligende Qualifikation richtet sich auf den eine voraussehbare Schädigung herbeiführenden Willen¹¹⁶. Da schuldhaftes Handeln stets Rechtswidrigkeit voraussetzt¹¹⁷, handelt es sich hier bei der Schuldform des Vorsatzes um Fälle, bei denen die Rechtswidrigkeit vom Entschluss des Schädigers mitumfasst wird. Dieser agiert im Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit¹¹⁸. Das Wissen um die Rechtswidrigkeit und das Wollen ihrer Verwirklichung zeichnen also die vorsätzliche Tat aus.

¹¹⁵ Giger, *Berührungspunkte*, S. 386 N 94 bedauert die Untergliederung in objektive und subjektive Seite, da die «objektive Seite» nochmals in objektive und subjektive Kriterien als Mass für die Abweichung zerfalle. Er spricht von formellem (Urteilsfähigkeit) und materiellem (Abweichung vom Normalverhalten) Aspekt.

¹¹⁶ Oftinger I S. 142; Guhl S. 72.

¹¹⁷ Abweichend Zeuner S. 1ff., mit Hinweis auf den in der Literatur für Fälle von Verschulden ohne vorausgesetztes rechtswidriges Verhalten verwendeten Begriff des «Verschuldens gegen sich selbst».

¹¹⁸ Larenz I S. 259: Diese Vorsatztheorie (Vorsatz erfordert Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit) steht im Gegensatz zur Schuldtheorie, welche im Vorsatz nicht eine besondere Art des Verschuldens sieht, sondern allein das Wollen der Handlung in ihrer Tatsächlichkeit. Getrennt davon zu prüfen ist die Frage des Schuldvorwurfs.

b) *Fahrlässigkeit*

Dass im heutigen Haftpflichtrecht von einem objektivierten Verschuldens- bzw. Fahrlässigkeitsbegriff ausgegangen wird, wurde bei der Begriffsumschreibung des Verschuldens bereits angetönt¹¹⁹.

Wenn die verschiedenen Definitionen der Fahrlässigkeit in der Literatur verglichen werden, stellt man fest, dass immer wieder von «Sorgfalt» die Rede ist¹²⁰. So z.B. bei v. Tuhr/Peter¹²¹: «Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Täter den rechtswidrigen Erfolg, ohne ihn zu wollen, dadurch herbeiführt, dass er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht lässt.»

Welches das Mass der anzuwendenden Sorgfalt ist, nach welchen Gesichtspunkten dieses bestimmt wird, und auf weitere diesbezügliche Fragen soll weiter hinten eingegangen werden¹²². An dieser Stelle sei lediglich darauf hingewiesen, dass der Vorwurf des unsorgfältigen Handelns besagt, der Handelnde habe die Schädigung eines anderen als Folge seines Verhaltens voraussehen und sie dadurch, dass er sich anders verhielt, vermeiden können. Die Elemente des Fahrlässigkeitsvorwurfs sind insoweit Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit des rechtlich missbilligten Erfolges¹²³. Im Vorwurf der mangelnden Sorgfalt ist die Antwort auf die Frage nach der Voraussehbarkeit des Schadens mitenthalten: Nur die zur Vermeidung voraussehbaren Übels erforderliche Sorgfalt ist mit «Sorgfalt» gemeint¹²⁴. Ebenso äussert sich Oftinger im Zusammenhang mit den Folgerungen aus der Objektivierung des Fahrlässigkeitsbegriffs: «Zur Anrechnung als Verschulden genügt, wenn die Herbeiführung eines Schadens an sich voraussehbar war.»¹²⁵

Da somit die Frage der Sorgfaltswidrigkeit die Frage der Voraussehbarkeit einschliesst, erübrigt sich die Prüfung desselben Problems unter einer vom Verschulden unabhängigen Haftungsvoraussetzung, wie es derzeit geschieht im Rahmen des adäquaten Kausalzusammenhangs¹²⁶.

Ob entfernte, nicht voraussehbare Schäden als Folge einer unerlaubten Handlung oder einer Vertragsverletzung zu ersetzen sind, darauf gibt auch die Beurteilung eines adäquaten Kausalzusammenhangs, sofern man an diesem Begriff festhalten will, sowenig wie die Verschuldensfrage eine

¹¹⁹ Vgl. vorne S. 36f.

¹²⁰ Vgl. Oftinger I S. 142; A. Keller S. 77; Guhl S. 72.

¹²¹ v. Tuhr/Peter S. 429; vgl. auch die Fahrlässigkeitsdefinition in § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB: «Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht lässt.»

¹²² Vgl. hinten S. 53ff.

¹²³ Larenz I S. 261; vgl. BBl 1880 I 185 (Botschaft des Bundesrates zum OR-Gesetzesentwurf): «... der Handelnde bei gehöriger Aufmerksamkeit, ... die Widerrechtlichkeit hätte erkennen und den daraus hervorgehenden Schaden hätte vermeiden können.»

¹²⁴ Aebi S. 62, Bezug nehmend auf § 276 Abs. 1 BGB.

¹²⁵ Oftinger I S. 148f.; vgl. auch Gmür S. 628f.

¹²⁶ Vgl. vorne S. 26ff.

Antwort, da auch der Beurteilung der Adäquanz das Moment der Geeignetheit und damit der objektiven Vorausssehbarkeit zugrunde gelegt ist. Die Begrenzung des Haftpflichtumfanges für eingetretene Schäden, insbesondere für mittelbare Schäden, ist eine Wertungsfrage, die der Richter bei Beurteilung der konkreten Sachlage vorzunehmen hat¹²⁷.

D) Urteilsfähigkeit

Die gesetzliche Grundlage der subjektiven Seite des Verschuldens, der Urteilsfähigkeit, findet sich in Art. 16 und 18 ZGB: Art. 16 führt exemplarisch Gründe an, welche die Urteilsfähigkeit ausschliessen können: Fehlt die Möglichkeit oder Fähigkeit des betreffenden Täters, infolge Kindesalters, Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnlicher Zustände, vernunftgemäss zu handeln, gilt er als nicht zurechnungsfähig. Da der Urteilsunfähige gemäss Art. 18 ZGB durch seine Handlungen keine rechtlichen Wirkungen herbeizuführen vermag, ist er in zivilistischer Hinsicht deliktsunfähig¹²⁸.

Die Urteilsunfähigkeit umfasst zwei Aspekte: Einerseits betrifft sie das Erfassen eines Vorganges, andererseits aber auch die Fähigkeit, entsprechend dieser Einsicht zu handeln¹²⁹. Während der erste Aspekt einen sog. Verstandesdefekt bezeichnet, die Unmöglichkeit einer richtigen Erkenntnis, so drückt der zweite einen Willensdefekt aus, der in der Unmöglichkeit des der richtigen Erkenntnis entsprechenden Verhaltens besteht¹³⁰. Da der Ausdruck Urteilsfähigkeit nur auf das erstere, das intellektuelle Moment hinweist, fehlt in der Literatur bei den Begriffsbeschreibungen der Urteilsunfähigkeit oft der Hinweis auf die Möglichkeit eines Willensdefekts¹³¹.

Der Begriff der Urteilsfähigkeit ist ein relativer: Es wird immer geprüft, ob für die in Frage stehende Person und für den ihr zuzurechnenden Tatbestand, die Fähigkeit vernunftgemässen Handelns, gegeben sei¹³². Kriterien zur Beurteilung sind Gemütszustand, Reife, intellektuelle Fähigkeiten auf Seiten des Täters, sowie Gefährlichkeit oder Wichtigkeit der

¹²⁷ Gmür S. 629: «Das Korrektiv liegt jedoch im richterlichen Ermessen des Art. 51.» (Heute: Art. 43 OR); Guhl S. 61f.; vgl. Art. 195, 208, 537 und 755 OR: Die Haftung wird auf unmittelbare Schäden begrenzt, wobei sich sofort die Frage stellt, wie die Abgrenzung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Schäden zu ziehen ist.

¹²⁸ Art. 18 ZGB; Oftringer I S. 154.

¹²⁹ Keller Landmann Tafel 59; Keller II S. 58; A. Keller S. 74f.; BGE 102 II 367; vgl. auch Art. 10 StGB.

¹³⁰ Tuor/Schnyder S. 67.

¹³¹ Vgl. z.B. die Begriffsumschreibung bei v. Tuhr/Peter S. 431; Tuor/Schnyder S. 67: «Genauer müsste es Urteils- und Willensfähigkeit heissen»; Aebi S. 91.

¹³² Guhl S. 176; Keller/Landmann Tafel 59; Oftringer I S. 154 N 102; Peter S. 61; Aebi S. 93.

schädigenden Handlung¹³³. Dabei ist abzustellen auf das übliche Verhalten, auf das Betragen des Betreffenden im allgemeinen. Erst dann wird Urteilsunfähigkeit anzunehmen sein, wenn sich gestützt auf einen grösseren Kreis von Handlungen ergibt, dass das Verhalten von dem als normal vorausgesetzten Verhalten abweicht¹³⁴.

Hier drängt sich nun eine für das Haftpflichtrecht bedeutende Frage auf: Welcher Grad der Abweichung von einem als normal eingestuften Verhalten führt zur Annahme der Urteilsunfähigkeit? Dieser Frage kommt insofern grösseres Gewicht zu, als das Zivilrecht im Gegensatz zum Strafrecht nur zurechnungsfähige oder unzurechnungsfähige Menschen kennt¹³⁵. Wer als zurechnungsfähig erklärt wird, ist für das Recht normal, und es wird von ihm ein entsprechendes normales Verhalten erwartet. Je nachdem, ob dem Täter bei geringen oder erst bei krassen Abweichungen vom Normalen die Zurechnungsfähigkeit abgesprochen wird, kann dem Subjektivismus innerhalb der objektiven Verschuldentheorie grösserer oder kleinerer Raum gewährt werden. Wie Aebi richtig feststellt¹³⁶, muss im Privatrecht, sofern am objektiven Verschuldensbegriff festgehalten werden will, der Subjektivismus im Rahmen der Zurechnungsfähigkeit ein beschränkter bleiben: Soll nicht auf dem Umweg über die Urteilsunfähigkeit das täterische Verhalten extrem subjektiv bewertet werden, so dürfen all jene, eine gewisse tatsächliche Beeinträchtigung der individuellen Fähigkeiten bewirkenden Momente bei der Prüfung der Zurechnungsfähigkeit nicht berücksichtigt werden, die auch die objektive Seite des Verschuldens, Vorsatz oder Fahrlässigkeit, nicht auszuschliessen vermögen¹³⁷.

¹³³ Oettinger I S. 154; Keller/Landmann Tafel 59.

¹³⁴ Tuor/Schnyder S. 67; Aebi S. 94.

¹³⁵ Aebi S. 94; a.M. A. Keller S. 76: Er hält verminderte Urteilsfähigkeit bei Kindern möglich.

¹³⁶ Aebi S. 95.

¹³⁷ Zu denken ist etwa an Kummer, Übermüdung oder Angst des Schädigers; vgl. hinten S. 66 ff.

2. Kapitel

Begriff der Sorgfalt und deren Bemessung

Die Fahrlässigkeitsdefinitionen in Literatur und Rechtsprechung gehen zur Begründung des Verschuldens von der Verletzung einer Sorgfalt aus¹. Eine Definition derselben fehlt jedoch durchwegs. Auch das Gesetz und die Gesetzesmaterialien verwenden den Ausdruck, ohne ihn näher zu bestimmen². Wo das Gesetz sich zur «Sorgfalt» äussert³, wird nichts über deren Begriffsinhalt ausgesagt, sondern Gegenstand der Erwähnung bildet jeweils ein Hinweis auf das Mass der anzuwendenden Sorgfalt: So etwa, wenn von «gehöriger Sorgfalt»⁴, «erforderlicher Sorgfalt»⁵, «zumutbarer Sorgfalt»⁶ oder der «nach den Umständen gebotenen Sorgfalt»⁷ die Rede ist.

§ 1 Begriff der Sorgfalt

I. Sprachgebrauch

Das Wort «Sorgfalt» ist ein mehrdeutiger Ausdruck, hinter dem sich verschiedene Vorstellungen verbergen: Sorgfalt kann einmal ein äusseres Geschehen bezeichnen. Die Beurteilung als «sorgfältig» betrifft sodann entweder ein Verhalten oder eine Leistung⁸. So wird beispielsweise von einem sorgfältigen Überschreiten einer verkehrsreichen Strasse oder der sorgfältigen Restaurierung eines Bildes gesprochen. Daneben versteht man unter Sorgfältig-Sein einen inneren seelischen Vorgang, der sich auf ein bestimmtes Verhalten oder einen bestimmten Leistungserfolg bezieht.

¹ Guhl S. 72; Oftinger I S. 141f.; v. Tuhr/Peter S. 429; BGE 100 II 337 E. 3, 100 IV 79, 102 II 240, 104 II 28.

² Vgl. auch die Gesetzesbestimmung in § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB, wo im Gegensatz zu Art. 41 Abs. 1 OR zumindest die Fahrlässigkeit näher umschrieben ist: «Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht lässt.»

³ Im ausservertraglichen Bereich: Art. 55 Abs. 1 und Art. 56 Abs. 1 OR. Im vertraglichen Bereich: vgl. dazu N 1 der Einleitung.

⁴ Art. 399 Abs. 2 und Art. 422 Abs. 2 OR.

⁵ Art. 495 Abs. 1 OR.

⁶ Art. 503 Abs. 2 OR.

⁷ Art. 55 Abs. 1 und Art. 56 Abs. 1 OR.

⁸ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 93.

Dieser grundsätzlich zwei Bedeutungen aufweisende Sorgfaltsbegriff – einerseits Bezeichnung für ein äusseres Verhalten, andererseits für einen inneren Vorgang – war nicht seit jeher gebräuchlich. Ursprünglich charakterisierte das Adjektiv «sorgfältig» nur die innere Einstellung einer Person, d.h. «achtsam, fürsorglich, vorsichtig sein», was sich aus der Annahme erklären lässt, dass die Sorgenfalten auf der Stirn zur Prägung des Wortes Anlass gegeben hatten. Erst später sprach man von einer sorgfältigen Arbeit, Schrift usw.⁹ Allerdings wurde der Sprachgebrauch, der ein sachgemässes Verhalten oder den Erfolg selbst als sorgfältig bezeichnet, von verschiedener Seite als unscharf und nachlässig getadelt. So weist Leonhard darauf hin, dass die Sprachweise, ein Werk sei sorgfältig hergestellt, nicht den Schluss zulasse, dass es auch mit der nötigen Anspannung der Willenskräfte und mit der erforderlichen Entfaltung von Sorge entstanden sei¹⁰. Zur Erläuterung führt er das Beispiel an, wo der gefährliche Transport einer Glasscheibe in angeheitertem Zustande, vom Glück der Trunkenen begünstigt, schadlos ausgeführt wurde¹¹. Für Leonhard hat der Begriff Sorgfalt nicht die Bedeutung eines äusseren Verhaltens, sondern er versteht darunter die Entfaltung von Sorge, von Bemühungen, die Anspannung der Willenskraft, einen Aufwand von Nachdenken, Zeit und anderen Opfern¹². Auch für Rümelin gehört neben der Anspannung der Geisteskräfte, der Aufmerksamkeit und Umsicht ebenso die richtige Wertung erkannter Gefahren zum Sorgfaltsbegriff¹³.

Ausgehend von der sprachlichen Interpretation des Wortes Sorgfalt, diese als das Entfalten einer Sorge, als ein sorgsames Verfahren und Verhalten aufzufassen¹⁴, bedeutet sie richtigerweise zunächst nicht ein bestimmtes äusseres Verhalten des Schuldners, sondern sie ist vielmehr eine schuldnerische Eigenschaft, die zu einem gefahrlosen Verhalten und zum Erreichen desjenigen Zweckes, zu dem sich der Schuldner verpflichtet hat, notwendig ist.

Damit ist auch der Bezugspunkt der Sorgfalt angesprochen: Sie richtet sich auf dasjenige Verhalten, das der Betreffende bei der Erfüllung pflichtgemäss zu beobachten hat¹⁵. Danach setzt «Sorgfalt» begrifflich stets das Vorhandensein einer primären Leistung voraus; ohne eine sonstige

⁹ Zur Etymologie vgl. Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 93 N I und dort zitierte Literatur.

¹⁰ Leonhard, Fahrlässigkeit, S. 42f.

¹¹ Die Fälle, bei denen nicht mit der nötigen Aufmerksamkeit ans Werk gegangen wurde, der Erfolg jedoch eintrat, werden den Richter kaum beschäftigen: Der Gläubiger kann, da die Leistung erfolgte, keinen Schaden gelten machen.

¹² Leonhard, Fahrlässigkeit, S. 42; Leonhard I S. 438.

¹³ Rümelin S. 41.

¹⁴ Weyl S. 100; Leonhard, Fahrlässigkeit, S. 42.

¹⁵ Izveren S. 26.

Leistung ist keine Sorgfalt denkbar¹⁶. Diese enge Verknüpfung von Sorgfalt als schuldnerische Eigenschaft mit dem schuldnerischen Verhalten, auf die sie sich beziehen muss, rechtfertigt die Auffassung, das Wort «sorgfältig» auch für die Beurteilung des äusseren Verhaltens und dem daraus resultierenden Erfolg verwenden zu dürfen¹⁷. Dass dabei das äussere sorgfältige Verhalten auf eine innere Sorgfalt schliessen lässt, ist ebensowenig zwingend wie beim umgekehrten Fall, wo von der Aufwendung innerer Sorgfalt auch nicht regelmässig auf ein äusseres sorgfältiges Verhalten geschlossen werden kann¹⁸.

II. *Komponenten der Sorgfalt*

Im folgenden werden wiederholt die Begriffe äussere und innere Sorgfalt verwendet. Diese Aufsplitterung des Sorgfaltsbegriffs in eine äussere und eine innere Komponente ist der deutschen Rechtsliteratur entnommen¹⁹. Ausgangspunkt der Betrachtung bildet dort § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB: «Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht lässt.» Diese Begriffsbestimmung wird allgemein als gelungen anerkannt²⁰, obwohl sie unvollständig ausgestaltet ist: Es werden weder der Bezug der Sorgfalt (auf die Verletzung oder den Schaden), noch die Komponenten der Sorgfalt (innere und äussere), noch der Massstab (typisierte oder individuelle Sorgfalt) angegeben²¹.

Es ist naheliegend, bei der Diskussion über Fahrlässigkeit und Sorgfalt die Fahrlässigkeitsbestimmung des § 276 BGB auch für das schweizerische Recht heranzuziehen. Denn nebst ähnlichen Umschreibungen²² findet man in der Literatur auch eine im Wortlaut gleiche Definition der Fahrlässigkeit bei v. Tuhr/Peter²³.

¹⁶ Izveren S. 27; Gautschi, Komm. Auftrag, OR 398 N 21 a: «Sorgfalt besteht nicht für sich selbst»; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 94 N 8: «Es gibt keine Sorgfalt, auch keine allgemeine Sorgfaltspflicht an sich»; Lorenz S. 59.

¹⁷ So auch Zeuner S. 6.

¹⁸ Innere und äussere Sorgfalt sind nur im Grundsätzlichen so verknüpft, dass das innere Element bestimmender Faktor für das äussere ist; Zeuner S. 6.

¹⁹ Vgl. Deutsch, Haftungsrecht, S. 276ff.; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 94ff.; Engisch S. 269ff.; Larenz I S. 268.

²⁰ Deutsch, Haftungsrecht, S. 273; Gmür S. 628 bezeichnet die Fahrlässigkeitsbestimmung in § 276 BGB nicht als eigentliche Begriffsabgrenzung, sondern als eine «Bestimmung über den Grad der Sorgfalt».

²¹ Das schweizerische OR kennt allerdings überhaupt keine Bestimmung, die die Fahrlässigkeit umschreibt.

²² Oft wird auf die «Umstände» verwiesen. So z.B. A. Keller S. 77; Keller/Landmann Tafel 56; Ott S. 117; fahrlässig handelt demnach, wer die nach den Umständen gebotene Sorgfalt ausser acht lässt.

²³ v. Tuhr/Peter S. 429.

1. Äussere Sorgfalt

A) Begriff

Der Begriff der äusseren Sorgfalt wurde geprägt von Engisch²⁴. Aus der Überlegung, dass sich die Unsorgfalt nicht erschöpft in der Ausserachtlassung der psychischen Sorgfalt – Konzentration, Zusammennehmen der fünf Sinne, Anspannen der Geisteskräfte, Inzuchtnehmen des gesamten psychophysischen Apparates²⁵ – hat er den Begriff der äusseren Sorgfalt eingeführt. Ein Beispiel, das bei Engisch zu finden ist²⁶, soll dies verdeutlichen: Ein Schütze auf der Jagd, welcher, leider vergeblich, die grösste Mühe aufwendet, um mit dem Wild nicht zugleich den Nachbarn zu treffen, handelt trotz seiner gespanntesten Aufmerksamkeit unsorgfältig²⁷. Denn er hat, womöglich trotz Erkenntnis der Gefahr, eine gefährliche Handlung vorgenommen, die er hätte unterlassen müssen. Damit wird der Vorwurf der Sorgfaltsverletzung hier von der Psyche in das äussere Verhalten verlegt: Das Verhalten des Täters war unsorgfältig, weil es rein äusserlich nicht der Vermeidung eines missbilligenden Erfolges diente.

B) Sachgemässes Verhalten

Ganz allgemein kann die äussere Sorgfalt dem «sachgemässen Verhalten» gleichgesetzt werden²⁸. Dabei hat man sich bewusst zu sein, dass damit das Höchstmass äusserer Sorgfalt angesprochen wird, denn sorgfältiger als sachgemäss kann nicht gehandelt werden. Ob allerdings diese Höchststufe des äusseren beobachtbaren Verhaltens zur Vermeidung der Fahrlässigkeit erbracht werden muss, bleibt vorderhand noch offen.

Sachgemäss ist ein Verhalten in der Regel dann, wenn das von einer Verhaltensnorm verlangte Verhalten gesetzt wird, eine Gefahr für ein Rechtsgut durch Unterlassung bzw. Vornahme einer Handlung vermieden wird oder in einer zulässig geschaffenen Gefahrenlage die richtige Handlungssteuerung erfolgt²⁹. Es muss als äusserlich sorgfältig angesehen werden, wenn am Stoppschild angehalten, die Sicherheitslinie nicht überfahren oder der Abstand zum Vordermann eingehalten wird.

²⁴ Engisch S. 270ff.

²⁵ Engisch S. 271.

²⁶ Engisch S. 273f.

²⁷ Auf den von Engisch getroffenen Unterschied zwischen «Aufmerksamkeit» und «Vorsicht» einzugehen, kann verzichtet werden (Engisch S. 273).

²⁸ Engisch S. 273; Deutsch, Haftungsrecht, S. 276; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 94.

²⁹ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 94; Deutsch, Haftungsrecht, S. 276.

Aber nicht immer ist das Einhalten der Verhaltensregeln auch sachgemäss. Besondere Umstände des Einzelfalles können es nahelegen, die Verhaltensnorm nicht zu beachten, dann nämlich, wenn die Befolgung des Verhaltensbefehls den Normzweck in sein Gegenteil verkehren würde³⁰. So kann es beispielsweise in einer konkreten Situation erforderlich sein, zwecks Vermeidung eines Auffahrunfalles die Sicherheitslinie zu überfahren oder entgegen dem generellen Halteverbot auf der Autobahn anzuhalten. Auch sind Fälle denkbar, wo unter normalen, von der Norm ins Auge gefassten Umständen ein Verhaltensgebot oder -verbot den angestrebten Schutz von Rechtsgütern nur ungenügend verwirklicht, mit andern Worten das gebotene bzw. gestattete Verhalten hinter der dem Rechtsgut gegenüber zu erbringenden Sorgfalt zurückbleibt³¹. Nicht das normgemässe Verhalten ist in diesen Fällen äusserlich sorgfältig, sondern jenes, das die Gefährdung des Rechtsgutes auf ein minimaleres Mass beschränkt.

Bezüglich eines nicht durch Normen geregelten Verhaltens bestimmt sich der Umgang mit der Gefahr für ein Rechtsgut nach den Umständen: Auf schneebedeckter Strasse ist eine spezielle Fahrweise erforderlich³², oder beim Scheibenschiessen in einer Wirtschaft sind die Gäste vor Verletzungen zu schützen³³. Sachgemäss ist bei diesen angeführten Fällen nicht ein Verhalten, welches den Eingriff in ein Rechtsgut überhaupt vermieden hätte, sondern ein solches, das nach objektivem Urteil geeignet war, ihn zu vermeiden³⁴. Die Beurteilung des Verhaltens als sachgemäss – die Beurteilung der äusseren Sorgfalt im Höchstmass – erfolgt dabei vom Standpunkt eines Dritten oder jener Person aus, deren Rechtsgüter gefährdet oder verletzt sind.

2. Innere Sorgfalt

A) Begriff

Der äusseren Sorgfalt – dem sachgemässen Verhalten – steht begrifflich die innere Sorgfalt gegenüber, die mit der Aufwendung von Mühe und Willenskraft, mit einem bestimmten Denken und Wollen identisch ist³⁵. Englisch bezeichnet diese Seite der Sorgfalt als den psychologischen Sorgfaltsbegriff, bei dem die Sorgfalt in «Handlungen des Gemüts» besteht³⁶.

³⁰ Deutsch, Haftungsrecht, S. 48; Oftinger I S. 150.

³¹ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 157ff.

³² BGE 84 II 304.

³³ BGE 71 II 107.

³⁴ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 183.

³⁵ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 94.

³⁶ Englisch S. 269f.

Dabei hat man unter Aufmerksamkeit, Vorsicht oder Sorgfalt eine «gewisse Leistung der Konzentration, ein Zusammennehmen der fünf Sinne, ein Anspannen der Geisteskräfte, ein Inzuchtnehmen des gesamten psychophysischen Apparates» zu verstehen³⁷.

Als Mangel der inneren Sorgfalt die nicht genügende Anspannung der Aufmerksamkeit, des Erkenntnisvermögens oder der Willenskraft aufzufassen³⁸, die innere Sorgfalt wie bei Deutsch als intellektuell-emotionalen Vorgang zu betiteln³⁹, führt zur Frage, worauf sich diese Sorgfalt zu beziehen habe.

B) Bezugspunkte der inneren Sorgfalt

Weiter vorne⁴⁰ wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Sorgfalt auf ein Verhalten Bezug nehmen muss, das vom Schuldner aufgrund seiner primären Leistungspflicht gefordert wird. Daran soll festgehalten werden, wobei aber zu vermerken ist, dass damit nur der eine Teil der beiden Bezugspunkte der inneren Sorgfalt angesprochen worden ist⁴¹: Die innere Sorgfalt kann aufgespalten werden in zwei Teile⁴²: Die eine Hälfte ist der Erkenntnisprozess, der andere Teil besteht in der Umsetzung, d.h. richtigen Steuerung der gewonnenen Erkenntnis.

a) Erkenntnis des sachgemässen Verhaltens

Ein sachgemässes Verhalten ist im Regelfall bedingt durch einen vorausgegangenen Erkenntnisprozess. Man hat bei seinem Tun ein bestimmtes Mass an Sorgfalt aufzuwenden, die ausgerichtet ist auf das Erkennen einer möglichen rechtswidrigen Erfolgsverursachung⁴³. Gegenstand dieser Erkenntnis sind einerseits das Bestehen von Verhaltensvorschriften in jenen Fällen, wo das erforderliche Verhalten normiert ist⁴⁴, andererseits die Schaffung einer qualifizierten Gefahrenlage, die ihrerseits eine Verpflichtung zu Schutzvorkehrungen begründet, in den Fällen, wo das Verhalten zwar nicht im einzelnen geregelt ist, sich aber aufgrund der vorliegenden Umstände mit Blick auf die Gefahr ableiten lässt⁴⁵. Auch Engisch, der die

³⁷ Engisch S. 271.

³⁸ Larenz I S. 268.

³⁹ Deutsch, Haftungsrecht, S. 277.

⁴⁰ Vgl. vorne S. 44 bei N 15.

⁴¹ Nämlich die Ausrichtung auf die äussere Sorgfalt, auf das Verhalten als solches. Vgl. nachstehend a).

⁴² Diese Aufteilung nimmt auch Deutsch vor: Haftungsrecht, S. 277f.

⁴³ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 94, spricht von der «Erkenntnis möglicher rechtswidriger Tatbestandsverwirklichung».

⁴⁴ Vgl. beispielsweise die Vorschriften im SVG.

⁴⁵ Vgl. dazu die Ausführungen über den Gefahrensatz, vorne S. 32ff.

innere Sorgfalt mit der Erfüllung der «Vorprüfungspflicht» gleichsetzt, hebt hervor, dass der Rechtsgenosse zur Vermeidung des Unrechts seine Handlung an den ihm bekannten Rechtspflichten zu messen habe⁴⁶.

Die innere Sorgfalt ist darüber hinaus auf das Erkennen sonstiger Tatumstände gerichtet, so z.B. bei Verletzung von Eigentumsrechten auf die Fremdheit der Sache⁴⁷.

Im vertraglichen Bereich bezieht sich der Erkenntnisprozess auf mögliche Vertragsverletzungen. Der Schuldner muss abwägen, welche Handlungen er hinsichtlich einer Vertragsverletzung zu unterlassen hat und welche Vorkehrungen er treffen muss, um sich seinem Gläubiger gegenüber vertragsgemäss zu verhalten.

b) Steuerung des sachgemässen Verhaltens

Neben dem intellektuellen Vorgang, der sich auf das Erkennen des sachgemässen bzw. vertragsgemässen Verhaltens bezieht, besteht der andere Teil der inneren Sorgfalt in der entsprechenden Umsetzung der gewonnenen Erkenntnisse. Man hat sich geistig-seelisch so einzurichten, dass man sachgemäss handelt⁴⁸. Jedermann muss sein Verhalten so steuern, dass es auch äusserlich als sorgfältig erscheint⁴⁹. Insoweit ist die innere Sorgfalt regelmässig Voraussetzung der äusseren.

C) Innere Sorgfalt im Höchstmass

Das Höchstmass an innerer Sorgfalt bestimmt sich nach der Gesamtheit der einem optimalen Beobachter und Beurteiler erkennbaren Umstände. Diese auf der Basis maximaler Fähigkeiten der Erkenntnis und der Handlungssteuerung gebildete innere Sorgfalt im Höchstmass wird dabei vom Standpunkt des Handelnden aus beurteilt⁵⁰.

D) Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit als Voraussetzungen

a) Voraussehbarkeit

Die Unterscheidung der bewussten von der unbewussten Fahrlässigkeit kann folgendermassen vorgenommen werden: Die Fahrlässigkeit ist

⁴⁶ Engisch S. 272f.

⁴⁷ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 95.

⁴⁸ Deutsch, Haftungsrecht, S. 278.

⁴⁹ Deutsch, Haftungsrecht, S. 277: «Die andere Hälfte der inneren Sorgfalt ist auf die äussere gerichtet.»

⁵⁰ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 125, 404.

bewusst, wenn der Täter den rechtswidrigen Erfolg als möglich voraussieht und in der Hoffnung, dass er nicht eintreten werde, das zur Vermeidung des Erfolges nötige Verhalten nicht beobachtet. Unbewusst dagegen ist die Fahrlässigkeit, wenn der Täter den Erfolg nicht voraussah, aber hätte voraussehen können und sollen⁵¹. Bei beiden Beschreibungen ist Grundlage des Fahrlässigkeitsvorwurfs die Voraussehbarkeit eines möglichen Erfolges: Im ersten Fall sieht der Täter bei gegebener Voraussehbarkeit den möglichen Erfolg voraus, während bei der unbewussten Fahrlässigkeit dem Handelnden der Vorwurf gemacht wird, trotz gegebener Voraussehbarkeit des Erfolges diesen – infolge mangelnder nötiger Sorgfalt – nicht vorausgesehen zu haben. Der Vorwurf einer Sorgfaltsverletzung kann nur erhoben werden, wenn Voraussehbarkeit des Erfolges gegeben ist⁵². Diese Voraussehbarkeit ist somit notwendige Voraussetzung eines jeden Sorgfaltsverletzungsvorwurfs. Dies kommt auch in gewissen Fahrlässigkeitsdefinitionen zum Ausdruck, wenn es heisst: «Fahrlässig ist die missbilligende Qualifikation der voraussehbaren Herbeiführung eines Schadens durch mangelnde Sorgfalt.»⁵³

Nach der hier vertretenen Ansicht genügt die blossе Voraussehbarkeit des Handelns wider eine Verhaltensnorm, auch wenn sie primär dem Schutz von Rechtsgütern dient, für sich allein noch nicht, um den Verschuldensvorwurf zu begründen. Vielmehr muss auch der Eingriff in das verletzte Rechtsgut von der Voraussehbarkeit umfasst sein. Das schweizerische OR kennt denn auch keine dem § 823 Abs. 2 BGB verwandte Norm, wonach ein – wenigstens fahrlässiger – Verstoß gegen ein den Schutz eines andern bezweckendes Gesetz zur Schadenersatzpflicht führt⁵⁴. Die fahrlässige Verletzung einer Verhaltensnorm hat nur insofern eine indizierende Wirkung für das Verschulden bezüglich des Eingriffs in ein Rechtsgut, als unter normalen Umständen die Befolgung der Norm der Vermeidung einer Rechtsgutverletzung dient⁵⁵.

b) Vermeidbarkeit

Ein weiterer Aspekt, wovon der Tadel des unsorgfältigen Handelns abhängt, ist die Frage bezüglich der Vermeidbarkeit des Erfolges. Nur dann nämlich

⁵¹ v. Tuhr/Peter S. 429.

⁵² Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 95: «Voraussetzung der inneren Sorgfalt ist die Möglichkeit, die Erkenntnis zu gewinnen, die Erkennbarkeit i.w.S.»

⁵³ Ott S. 117.

⁵⁴ Sog. Schutzgesetzfahrlässigkeit; vgl. Deutsch, Haftungsrecht, S. 272f.: «Nach h.L. und Rechtsprechung braucht sich das Verschulden bei § 823 II nur auf die Zuwiderhandlung gegen das Schutzgesetz zu beziehen, nicht auf die Verletzung eines Rechtsguts»; Wiethölter S. 17 N 41; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 331; a.M. Exner S. 204 N 2: «Massgebend allein ist die Frage, ob der Handelnde die Verletzung vorhersehen konnte.»

⁵⁵ Vgl. auch die Ausführungen zum sachgemässen Verhalten S. 46f.

kann von Unsorgfalt die Rede sein, wenn der an sich voraussehbare Erfolg auch vermeidbar ist. Während die Voraussehbarkeit vor allem den Erkenntnisvorgang der inneren Sorgfalt berührt⁵⁶, indem geprüft wird, ob der Handelnde den Erfolg hätte erkennen müssen, so betrifft die Frage der Vermeidbarkeit hauptsächlich die andere Seite der inneren Sorgfalt, die Steuerungsfähigkeit des sachgemässen Verhaltens⁵⁷, wo darauf abgestellt wird, ob der Erfolg durch richtiges Verhalten hätte vermieden werden können. Die Beurteilung sowohl der Voraussehbarkeit wie auch der Vermeidbarkeit erfolgt mittels der inneren Sorgfalt im Höchstmass vom Standpunkt des Handelnden aus.

Die Vermeidbarkeit bildet neben der Voraussehbarkeit des Erfolges die zweite Voraussetzung für eine Beurteilung des Handelns als unsorgfältig. Dass dabei Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit gleichwertig nebeneinander stehen, kommt in den im Schrifttum zu findenden Fahrlässigkeitsdefinitionen nur vereinzelt klar zum Ausdruck⁵⁸.

E) Verhältnis innere Sorgfalt / äussere Sorgfalt

Die Sorgfalt ist erst dann ausser acht gelassen, wenn sowohl die äussere als auch die innere Sorgfalt fehlen⁵⁹. Sofern eine Komponente der Sorgfalt gesetzt ist, schliesst dies den Vorwurf der Fahrlässigkeit aus.

Regelmässig ist die Aufwendung innerer Sorgfalt Voraussetzung der Einhaltung auch der äusseren. Es sind jedoch Situationen denkbar, wo dies nicht der Fall zu sein braucht. Hinzuweisen ist hier auf das sachgemässe Verhalten aus äusserem Zwang oder Zufall. So handelt beispielsweise auch derjenige äusserlich sorgfältig gegenüber am Strassenrand spielenden Kindern, die er aus Unachtsamkeit nicht wahrgenommen hat, sofern er infolge eines Defektes am Auto langsam fährt. Auch jener Raucher verhält sich gegenüber einer möglichen Explosionsgefahr äusserlich sorgfältig, wenn er seine Zigarette vor dem Tanken nur aus dem einen Grund wegwirft, weil sie ihm nicht mehr schmeckt.

Umgekehrt kann innere Sorgfalt vorliegen, ohne dass sie zum sachgemässen Verhalten führt⁶⁰. Allein bei Verletzung der äusseren Sorgfalt steht das Verschulden noch nicht fest; auch die erforderliche innere Sorgfalt muss

⁵⁶ Vgl. vorne S. 48.

⁵⁷ Vgl. vorne S. 49.

⁵⁸ So etwa Larenz I S. 261: «Im näheren besagt dieser Vorwurf in der Regel, der Handelnde habe die Schädigung eines anderen als Folge seines Verhaltens voraussehen und sie dadurch, dass er sich anders verhielt, vermeiden können»; Esser I S. 369; der Hinweis auf «Vermeidbarkeit» fehlt bei der Fahrlässigkeitsbeschreibung von Guhl S. 72 und Otfinger I S. 142.

⁵⁹ Deutsch, Haftungsrecht, S. 278; Larenz I S. 268.

⁶⁰ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 96.

ausser acht gelassen worden sein. Daran kann es fehlen, wenn ein Autofahrer wegen eines Wadenkrampfes am Stopzeichen nicht anzuhalten vermag. In diesem Beispiel hat die Person die erfolgende rechtswidrige Verletzung wohl erkannt, war aber aus physischen Gründen zu ihrer Vermeidung nicht in der Lage⁶¹. Die innere Sorgfalt muss aber auch in jenen Fällen als gewahrt zu beurteilen sein, wo aufgrund spezieller Umstände dem Handelnden die Einsicht in das an sich rechtswidrige Handeln fehlt⁶². So verstösst jener Autofahrer nicht gegen die innere Sorgfalt, der ein Verkehrsschild darum nicht beachtet, weil ein davor stehender Lastwagen ihm die Sicht verwehrt.

3. Personale Sorgfalt

Die personale Sorgfalt ist nicht etwa eine Komponente der Sorgfalt, wie es die innere und äussere Sorgfalt darstellen, sondern sie gibt Aufschluss über das Mass aufzuwendender Sorgfalt, auf das bei der Beurteilung der Fahrlässigkeit abzustellen ist.

Bei der Betrachtung der äusseren Sorgfalt wurde ausgegangen vom Höchstmass dieser Sorgfaltskomponente⁶³: Das Höchstmass äusserer Sorgfalt besteht im sachgemässen Verhalten, das dann erbracht ist, wenn das von der Verhaltensnorm geforderte Verhalten gesetzt wird oder der für ein Rechtsgut erforderliche Umgang mit der Gefahr erfolgt⁶⁴. Wie bei der äusseren Sorgfalt gibt es auch bei der inneren Sorgfalt ein Höchstmass, das sich an der mit maximalen Fähigkeiten der Erkenntnis und der Handlungssteuerung ausgestatteten Idealperson orientiert⁶⁵.

Wenn sich das Höchstmass der Sorgfalt der Vergleichsperson des optimalen Beobachters und optimalen Beurteilers bedient⁶⁶, so kommt das Mindestmass ohne eine solche Idealperson aus: Das Mindestmass der Sorgfalt legt der Fahrlässigkeitsbeurteilung die individuell vorhandene Befähigung zugrunde⁶⁷. Das Verhalten wird im Hinblick auf die notwendige Sorgfalt nicht an einer vom Handelnden verschiedenen Person geprüft, sondern Massstab der Beurteilung bildet der Handelnde selbst, indem von seinen Fähigkeiten und Kenntnissen ausgegangen wird. Zwischen den beiden Extremen – Höchstmass und Mindestmass – gibt es eine Vielzahl

⁶¹ Vgl. vorne S. 49: Steuerung des sachgemässen Verhaltens.

⁶² Vgl. vorne S. 48: Erkenntnis des sachgemässen Verhaltens.

⁶³ Vgl. vorne S. 46f.

⁶⁴ Deutsch, Haftungsrecht, S. 276; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 94, 183.

⁶⁵ Vgl. vorne S. 49.

⁶⁶ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 125.

⁶⁷ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 404; Deutsch, Haftungsrecht, S. 282: Subjektiv-individuelle Sorgfalt (Einzelfahrlässigkeit).

denkbarer Stufen⁶⁸, die zwar alle die Sorgfalt an einer vom Täter verschiedenen Vergleichsperson oder -gruppe messen, sich aber nicht am Höchstmass möglicher Sorgfalt orientieren, sondern auf niedrigerer Stufe stehen. Für die fahrlässigkeitsvermeidende äussere wie innere Sorgfalt reicht denn auch regelmässig eine geringere, die sog. personale Sorgfalt aus⁶⁹. In der Regel setzt die Haftung voraus, dass die im Verkehr erwartete Sorgfalt ausser acht gelassen wurde⁷⁰. Die auf solche Weise objektiv-typisierte personale Sorgfalt wird dadurch bestimmt, dass das Höchstmass der äusseren und inneren Sorgfalt auf das Mass herabgesetzt wird, das im Verkehr als Standard gilt⁷¹. Die personale innere Sorgfalt verlangt somit nicht Wissen und Können einer in Wirklichkeit nicht existenten Idealperson, sondern sie fordert jenen physischen und psychischen Aufwand, die von Angehörigen des Verkehrskreises, in dem der Täter auftritt, erbracht werden kann⁷². Demgemäss wird die äussere Sorgfalt, das beobachtbare Verhalten, das regelmässig von der inneren Sorgfalt abhängt⁷³, in der für die Verschuldensbeurteilung ausschlaggebenden personalen Sorgfalt vom Höchstmass des sachgemässen Verhaltens auf jenes Mass herabgesetzt, das aufgrund der personalen inneren Sorgfalt vom Verkehrsteilnehmer zu erwarten ist.

§ 2 Massstäbe der Sorgfalt

I. Sorgfaltsverletzung als Zurechnungsgrund

Unter dem Aspekt der Funktion des Verschuldens als haftungsbegründende Voraussetzung kann die Fahrlässigkeit als Zurechnungsgrund bezeichnet werden⁷⁴. Ein Schädiger wird für sein Handeln erst dann haftbar gemacht, wenn der rechtswidrig herbeigeführte Schaden fahrlässig verursacht wurde. Wenn nun die Fahrlässigkeit mit einer Sorgfaltsverletzung umschrieben wird⁷⁵, bildet letztere selbst den Zurechnungsgrund: Die Sorgfaltsverletzung

⁶⁸ Larenz, Fahrlässigkeitsmassstäbe, S. 123: «Zwischen diesen beiden extremen Formen der Zurechnung, der streng subjektiven und einer sehr weit gespannten objektiven Zurechnung, sind die verschiedensten Abstufungen denkabr.»

⁶⁹ Deutsch, Haftungsrecht, S. 276, 278; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 95.

⁷⁰ Vgl. auch die gesetzliche Definition der Fahrlässigkeit in § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB.

⁷¹ Deutsch, Haftungsrecht, S. 282.

⁷² Zur Bestimmung des Verkehrskreises vgl. Deutsch, Haftungsrecht, S. 283ff.; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 129ff.; vgl. auch hinten S. 64ff.

⁷³ Ausnahmen bilden der Zufall und der äussere Zwang.

⁷⁴ Larenz, Fahrlässigkeitsmassstäbe, S. 123; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 64, 77.

⁷⁵ Vgl. vorne S. 39.

erscheint somit als notwendige, aber nicht ausreichende Bedingung der Haftbarkeit. Zugleich bildet die Sorgfaltsverletzung die Abgrenzung des verantwortlichen Verhaltens vom zufälligen Geschehen⁷⁶, dessen negative Folgen vom Geschädigten zu tragen sind.

Jede Zurechnung ist im weitesten Sinne Zurechnung eines Geschehens zum Willen einer Person und damit auch zu deren Verantwortungsbereich⁷⁷. Dabei kann auf die Individualität des Handelnden, auf seine persönlichen Fähigkeiten und Kenntnisse Rücksicht genommen oder davon mehr oder weniger abgesehen werden. Die weiteste Form der Zurechnung besteht darin, auf das hypothetische Handeln des optimalen Beobachters in der Lage des Täters abzustellen und dieses als Massstab für die zu beurteilende konkrete Handlung zu nehmen. Eine solchermassen sehr stark objektivierende Form der Zurechnung fällt mit der äusseren und inneren Sorgfalt im Höchstmass zusammen und wird im Zivilrecht nirgends zur Bestimmung der Fahrlässigkeit herangezogen⁷⁸.

Die subjektive Zurechnung verlangt dagegen die volle Berücksichtigung des Handelnden. Die Sorgfaltsverletzung muss dem Täter hier subjektiv zur Last gelegt werden können. Fahrlässig handelt nach dieser Betrachtungsweise derjenige, dem aus seinem Verhalten ein persönlicher Vorwurf gemacht werden kann⁷⁹.

Zwischen diesen beiden extremen Formen der Zurechnung, der sehr weit gespannten objektiven und einer streng subjektiven, sind, wie bereits bei der Betrachtung des Sorgfaltsbegriffs aufgezeigt wurde⁸⁰, die verschiedensten Abstufungen denkbar. Eine Möglichkeit stellt der objektiv-typisierende Sorgfaltsmassstab dar, der hinsichtlich der Erkenntnis, Vermeidung und Steuerung der Gefahr die nach dem Standard des allgemeinen oder besonderen Verkehrskreises, dem der Täter angehört, vorausgesetzten Fähigkeiten zum Ausgangspunkt hat⁸¹.

⁷⁶ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 64.

⁷⁷ Larenz, Fahrlässigkeitsmassstäbe, S. 123.

⁷⁸ Vgl. vorne S. 52f.

⁷⁹ Das «Mindestmass an Sorgfalt», das vom einzelnen erbracht werden kann, ist von Person zu Person verschieden.

⁸⁰ Vgl. vorne S. 52f.

⁸¹ Larenz, Fahrlässigkeitsmassstäbe, S. 123.

II. Subjektive Fahrlässigkeitstheorie

1. Schuld und Strafe

Art. 18 des Schweizerischen Strafgesetzbuches⁸² spricht sich über die Schuld aus. In Absatz 3 wird die Fahrlässigkeit folgendermassen umschrieben: «Ist die Tat darauf zurückzuführen, dass der Täter die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht beachtet oder darauf nicht Rücksicht genommen hat, so begeht er das Verbrechen oder Vergehen fahrlässig. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beobachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist.» Als wesentlich in dieser Definition erscheint der Hinweis auf die Miteinbeziehung der persönlichen Verhältnisse für die Beurteilung der pflichtwidrigen Unvorsichtigkeit. Daraus erhellt, dass im Strafrecht unter dem Begriff Fahrlässigkeit ein individueller, streng auf die Person bezogener Schuldvorwurf zu verstehen ist: Es muss die im Hinblick auf die gegebene konkrete Lage und die Fähigkeiten des Täters gebotene Sorgfalt zum Ausgangspunkt genommen werden⁸³. Immer ist zu prüfen, ob der Handelnde bei seiner Individualität sorgfältiger hätte handeln können. Nicht das Abweichen von einem gedachten Normaltypus, sondern die persönliche Vorwerfbarkeit begründet das Verschulden. Der Massstab der Sorgfalt ist im Vergleich zu einem objektivierten Fahrlässigkeitsmassstab individualisiert und verfeinert⁸⁴. Man kann deshalb von einem individuellen oder subjektiven Sorgfaltsmassstab sprechen⁸⁵.

Ausfluss eines solchen Verschuldensbegriffs im Strafrecht ist die Tatsache, dass subjektive Momente beim Täter wie Angst, neurotisches Verhalten, persönliche Überforderung etc. bei der Bestimmung der Schuld stets zu berücksichtigen sind, währenddem sie beim objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff keine Beachtung finden⁸⁶. Die Berücksichtigung der täterspezifischen Eigenschaften erfolgt einmal bei der Prüfung der Schuldfähigkeit der betreffenden Person. So können bestimmte Zustände die Einsichts- oder

⁸² SR 311.0.

⁸³ Schultz AT S. 202: «Fahrlässig handelt, wer die objektiven Tatbestandsmerkmale einer strafbaren Handlung verwirklicht, obschon er bei Beachtung der ihm persönlich obliegenden Sorgfaltspflicht die derart herbeigeführte Verwirklichung eines Straftatbestandes hätte voraussehen und vermeiden können»; Noll/Trechsel S. 226: «Der Täter muss stets so viel Sorgfalt aufwenden, wie er nach seinen Kenntnissen und Fähigkeiten, insbesondere auch nach seiner Ausbildung, kann, jedoch nicht mehr»; Lorenz S. 33f., 36.

⁸⁴ Schultz AT S. 206; Noll/Trechsel S. 226f.; BGE 88 IV 104, 99 IV 131.

⁸⁵ Tobler S. 157; Izveren S. 39; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 127.

⁸⁶ Vgl. statt vieler: Keller/Landmann Tafel 57b.

Bestimmungsfähigkeit derart trüben, dass der Täter, wenn nicht als unzurechnungsfähig, so doch als vermindert zurechnungsfähig betrachtet werden muss⁸⁷. Da es sich bei letzterem um einen allgemeinen Schuld milderungsgrund handelt⁸⁸, kann der Richter die angedrohte Strafe nach freiem Ermessen mildern. Dass die Strafzumessung nach der Schwere des Verschuldens erfolgt, entspricht denn auch der allgemeinen Regel des Art. 63 StGB, wo es heisst: «Der Richter misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu; er berücksichtigt die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen.»

Aber auch bei an sich gegebener Zurechnungsfähigkeit wird zur Beurteilung der Höhe des Verschuldens auf subjektive Umstände beim Täter abgestellt. Diesbezüglich sei auf Art. 64 StGB verwiesen, wonach bei Vorliegen ganz bestimmter Gründe die Schuld geringer erscheint und eine fakultative Strafmilderung durch den Richter erfolgen kann.

Daneben begnügen sich zahlreiche gesetzliche Tatbestände nicht damit, eine formell rechtswidrige Tat und eine darauf gerichtete Schuld zu fordern, sondern es werden oft weitere subjektive Voraussetzungen der Strafbarkeit verlangt. So fordern gewisse Vermögensdelikte die Absicht der unrechtmässigen Bereicherung als subjektives Merkmal⁸⁹. Ausserdem geschieht die Abgrenzung des strafbaren Versuchs von der straflosen Vorbereitungshandlung massgeblich nach inneren, nicht etwa äusseren Merkmalen⁹⁰.

Aus all diesen Aspekten ist ersichtlich, dass im Strafrecht die Schuld neben dem Vorliegen der objektiven Tatbestandsmerkmale letztlich von sehr subjektiven Momenten abhängig ist. Dabei darf auf eine grundsätzliche Schwierigkeit aufmerksam gemacht werden: Wie kann in den Formen des Strafprozesses das innere Verhalten eines Menschen festgestellt werden? Auf dieses Problem weist auch Stratenwerth hin: Ausgehend von den beschränkten Erkenntnismöglichkeiten des Strafverfahrens vertritt er die Ansicht, dass im Schuldmassstab des Strafrechts ein «beträchtliches Quantum an Generalisierung» steckt⁹¹ und dass nicht einmal mehr theoretisch gefordert werden kann, ganz auf die individuellen Fähigkeiten des Täters und auf die unwiederholbare Situation abzustellen: «Überhaupt scheint keine andere Möglichkeit zu bestehen, als das Schuldurteil auf eine Durchschnittsperson in der Situation des Täters zu beziehen, und das heisst: generelle und gerade nicht individuelle Massstäbe anzulegen»⁹². Dieser Meinung kann entgegengehalten werden, dass die Festlegung eines objekti-

⁸⁷ Art. 10 und 11 StGB; zu den Voraussetzungen der verminderten Zurechnungsfähigkeit vgl. Schultz AT S. 222f.

⁸⁸ Schultz AT S. 222.

⁸⁹ Art. 137 Ziff. 1 StGB, Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, Art. 148 Abs. 1 StGB.

⁹⁰ Art. 21 StGB.

⁹¹ Stratenwerth AT S. 237.

⁹² Stratenwerth AT S. 33.

ven Durchschnittsmassstabes und die Beurteilung einer konkreten Handlung an diesem Verschuldensmassstab nicht minder grosse Probleme aufgeben kann⁹³.

2. Subjektiver Fahrlässigkeitsbegriff und Individualgerechtigkeit

Im vorhergehenden Abschnitt wurde anhand von Gesetzesbestimmungen aufzuzeigen versucht, dass das Strafrecht von einem subjektiven Verschuldensbegriff geprägt ist. Eine Begründung dafür fehlte aber bis anhin.

Zunächst ist die Frage nach dem Zweck der Strafe zu stellen. Während die absoluten Strafrechtstheorien⁹⁴ das Prinzip der Vergeltung zur Rechtfertigung der Strafe und zugleich als deren Massstab kennen, sehen die relativen Theorien die Strafe durch deren Ziel, strafbare Handlungen zu verhindern, als begründet an. Je nachdem, ob der Täter von der Verübung weiterer Delikte oder die Allgemeinheit von der Begehung von Straftaten abgehalten werden soll, folgen die relativen Theorien der Spezial-, bzw. Generalprävention⁹⁵. Die Spezialprävention kann drei Zwecke verfolgen: Abschreckung des Täters, Besserung des Täters oder Sicherung der Gesellschaft vor dem Täter. Die Vereinigungstheorien stellen schliesslich eine Mischform zwischen absoluten und relativen Theorien dar: Die Notwendigkeit der Strafe wird nach absoluter Theorie begründet, die auszufällende Strafe nach der Zweckmässigkeit bestimmt.

Das Schweizerische Strafgesetz bekennt sich nicht ausdrücklich zu einer bestimmten Straftheorie. In Art. 63 StGB kommt aber zum Ausdruck, dass Strafe voller Ausgleich der Tatschuld sein soll⁹⁶, m.a.W. die Strafe durch die in der Tat bekundete Schuld zu begrenzen ist⁹⁷. Daneben lassen sich auch Vorschriften finden, aus denen erkenntlich ist, dass die Spezialprävention als Besserung von grundlegender Bedeutung ist⁹⁸, was sich insbesondere auf den Inhalt bzw. Vollzug der Strafe auswirkt. Liegt der Zweck der Strafe also einerseits in der Vergeltung für eine schuldhafte Beeinträchtigung

⁹³ Vgl. auch Giger, Die Konsumkreditgesetzgebung an einer Wegscheide, NZZ 13./14. April 1985 (Nr. 85) S. 37: «Objektive Wertmassstäbe, wie etwa das Abstellen auf das 'Durchschnittsmass des Durchschnittsbürgers' bei der Prüfung des Verschuldens im Haftpflichtrecht, sind für den Richter viel schwieriger zu handhaben als subjektbezogene, konkrete Abklärungen.»

⁹⁴ Zu den Strafrechtstheorien vgl. Schultz AT S. 41ff.; Noll/Trechsel S. 13ff.

⁹⁵ Schultz AT S. 42f.; Noll/Trechsel S. 15.

⁹⁶ Vgl. auch BGE 77 IV 134: Sühnezweck der Strafe; BGE 94 IV 58 E. 1a: Sühne und Vergeltung; BGE 102 IV 73: gerechte Sühne.

⁹⁷ Schultz AT S. 45; Noll S. 18: Tatschuld als Obergrenze der Strafe.

⁹⁸ Vgl. Art. 37 Ziff. 1 Abs. 1 StGB (Vollzug der Zuchthaus- und Gefängnisstrafe); Art. 41 StGB (Bedingter Strafvollzug); siehe auch BGE 98 IV 202 E. 3a: «Die Strafe bezweckt in erster Linie eine Resozialisierung des Täters...»

fremder Rechte und sind mit der Strafe andererseits Resozialisierungsgedanken zu verfolgen, so ist das in Art. 63 StGB genannte Verschulden als ein subjektives zu verstehen, ansonsten eine Bestrafung dem Billigkeitsgefühl zuwiderlaufen würde: Die beiden Strafzwecke haben nur dann ihre Berechtigung, wenn der Verschuldensvorwurf sich auf die verfehlte Willensbildung des Täters bezieht⁹⁹ und nicht etwa auf mangelndes Wissen oder Können. Der Willensvorwurf ist dabei getragen von der Vorstellung des Anderssollens und Anderskönnens. An diese Vorstellung knüpfen sich denn auch Verantwortlichkeitsgefühl und Vergeltungsidee an¹⁰⁰. Eine Vergeltung für fehlende Fähigkeiten und Kenntnisse wäre nach ethischen Gesichtspunkten nicht zu rechtfertigen.

Dass der Schuldbegriff im Strafrecht eine innere psychologische Beziehung des menschlichen Handelns zu dem missbilligten Erfolg voraussetzt¹⁰¹, ist neben dem Sühne- oder Vergeltungsgedanken auch wesentlich, wenn die spezialpräventiven Aspekte des Strafzweckes im Vordergrund stehen¹⁰². Eine Abschreckung des Täters vor weiteren Straftaten und eine angestrebte Besserung des Bestraften ist nur zu erreichen über die Beeinflussung der fehlerhaften und vom Täter auch zu vertretenden Willensbildung. Bei Anwendung eines objektivierten Verschuldensbegriffs, der die physischen und psychischen Fähigkeiten und Kenntnisse einer Durchschnittsperson zum Massstab nimmt, würden Personen mit unterdurchschnittlicher Einsichts- und Steuerungsfähigkeit ebenso bestraft, wie solche, die sich der Unrechtmässigkeit ihres Tuns voll bewusst sind. Ein solcher Verschuldensbegriff mag wohl im Zivilrecht, wo der Schadensausgleich geregelt wird, seine Berechtigung haben, im Strafrecht jedoch, wo es nicht um die Abwägung gegenüberstehender privatrechtlicher Interessen geht, sondern um die Strafwürdigkeit, die subjektive Vorwerfbarkeit und Verwerflichkeit der Tat¹⁰³, ist er abzulehnen.

III. Objektive Fahrlässigkeitstheorie

1. Abgrenzung zur subjektiven Fahrlässigkeitstheorie

Während der subjektiven Fahrlässigkeitstheorie ein individueller, auf die Person bezogener Verschuldensbegriff eigen ist¹⁰⁴, gehört es zum Wesen der

⁹⁹ Schultz AT S. 179.

¹⁰⁰ Rümelin S. 10.

¹⁰¹ Rümelin S. 8.

¹⁰² Abschreckung des Täters, Besserung des Täters und Sicherung vor dem Täter.

¹⁰³ Keller/Landmann Tafel 57a.

¹⁰⁴ Vgl. die Ausführungen vorne S. 55ff.

objektiven Fahrlässigkeitstheorie, dass das Verschulden hier in irgendeiner Form objektiviert wird. Wo ein subjektiver Fahrlässigkeitsmassstab zur Anwendung gelangt, verlangt man vom Handelnden diejenige Sorgfalt, die aufzubringen gerade ihm, nach seinen individuellen Kräften, Fähigkeiten, Kenntnissen und Erfahrungen möglich ist¹⁰⁵. Als schuldhaft gilt die Nichtbetätigung von Kräften, die der Täter seiner konkreten Anlage und Ausbildung nach zu prästieren fähig gewesen wäre.

Anders bei der objektivierten Fahrlässigkeit: Zur Beurteilung des Verschuldens geht man aus von einem Durchschnittsstand von Sorgsamkeit, Aufmerksamkeit und Anspannung. Dabei wird vorausgesetzt, dass der Mensch eine durchschnittliche Summe von moralischen, intellektuellen und physischen Eigenschaften und – entsprechend seiner Tätigkeit – von beruflichen und technischen Fähigkeiten zu garantieren vermag¹⁰⁶. Wesentlich an dieser Theorie ist, dass der einzelne bei seinem Verhalten einen bestimmten Standard zu gewährleisten hat¹⁰⁷. Bleibt der Täter hinter diesem zurück, bedeutet dies Verschulden, selbst wenn er alles ihm persönlich Mögliche getan hat und ihm ein Willensfehler nicht vorgeworfen werden kann¹⁰⁸.

2. Fahrlässigkeitstheorie mit objektiven und subjektiven Elementen

Nach überwiegender Ansicht in Literatur und Rechtsprechung¹⁰⁹ hat im Schadenersatzrecht für die Beurteilung der Fahrlässigkeit ein objektiver Massstab zu gelten. Davon abweichende Meinungen halten daran fest, dass jede Schuld einen Willensfehler darstelle. Für v. Tuhr ist der Massstab, nach welchem die Fahrlässigkeit beurteilt wird, nur insofern objektiv und abstrakt, als die Sorgfalt sich nicht nach persönlichen Ansichten oder Gewohnheiten richtet, sondern nach dem, was ein vernünftiger und ordentlicher Mensch unter den gegebenen Umständen als erforderlich ansehen würde¹¹⁰. Dass er sich im übrigen zu einem subjektiven Verschul-

¹⁰⁵ Larenz, Fahrlässigkeitsmassstäbe, S. 119.

¹⁰⁶ Oftinger I S. 143; Guhl S. 174.

¹⁰⁷ Larenz, Fahrlässigkeitsmassstäbe, S. 119; Oftinger I S. 144; zur Festlegung des Standards vgl. die Ausführungen hinten S. 64ff.

¹⁰⁸ Oftinger I S. 144.

¹⁰⁹ Vgl. statt vieler Oftinger I S. 143 und dort angeführte Literatur; für das dt. Recht: Larenz, Fahrlässigkeitsmassstäbe, S. 119ff.; Larenz I S. 264.

BGE 67 I 319, 81 II 389, 89 II 226, 100 IV 79, 102 II 240, 104 II 28; ebenso hält die Rechtsprechung in Deutschland an einem objektiv-typisierten Fahrlässigkeitsmassstab fest: Nachweise bei Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 38ff., und Larenz I S. 264.

¹¹⁰ v. Tuhr/Peter S. 429.

denzbegriff bekennt, geht aus folgender Äusserung hervor: «Das Ausserachtlassen der nach objektivem Massstab erforderlichen Sorgfalt kann aber dem Täter nur soweit zum Verschulden angerechnet werden, als er vermöge seiner geistigen und körperlichen Fähigkeiten imstande war, das Erforderliche zu erkennen und zu leisten»¹¹¹. Auch Leonhard übte bereits Kritik an der herrschenden objektiven Theorie. Aus dem Begriff der Schuld, die er in einem ethisch missbilligten, vorwerfbaren Verhalten sieht, folgert er zwingend, dass jene einen sittlichen, einen Willensfehler enthält¹¹². Wie v. Tuhr lehnt er ab, dass Verschulden auf Schwäche des Intellekts oder auf körperlicher Beschaffenheit des Täters beruhen könne¹¹³. Für die Sorgfalt, die Anspannung der Willenskräfte hingegen, legt er einen abstrakten Massstab an¹¹⁴. Er trifft somit folgende Unterscheidung: Die sittlichen Kräfte des Handelnden sind nach abstraktem Massstab, seine geistigen und körperlichen nach seiner Person zu bemessen. Für die Sorgfalt gilt ein objektiver, für die Fähigkeiten ein subjektiver Massstab¹¹⁵. Diese Betrachtungsweise, die die Verhaltensvoraussetzungen im persönlichen Bereich – «Können» und «Wollen» – derart kategorisieren will und an die beiden Kategorien verschiedene Massstäbe anlegt, wirft Probleme auf. Ein solches Vorgehen geht nämlich von der Annahme aus, dass jeder Mensch zu einer gleichen Willensanstrengung, zu einer gleichen inneren Sorgfalt fähig ist¹¹⁶. Nur diese Unterstellung rechtfertigt es, hier einen objektiven Massstab anzulegen. Fraglich ist, ob die von dieser Lehre durchgeführte Gegenüberstellung und unterschiedliche Behandlung der physischen und intellektuellen Fähigkeiten einerseits und des Wollens einschliesslich der zugrundeliegenden emotionalen Fähigkeiten andererseits unter dem Gesichtspunkt individueller Vermeidbarkeit folgerichtig ist¹¹⁷. Die Unterscheidung ist insbesondere der Kritik aus erbbiologischen und psychologischen Gründen ausgesetzt: Die körperlichen, geistigen und seelischen Voraussetzungen eines Verhaltens stellen keine ununterscheidbaren Einheiten dar, sondern sind angesichts der gegenseitigen Beeinflussung nur akzentuierender und

¹¹¹ v. Tuhr/Peter S. 430.

¹¹² Leonhard, Fahrlässigkeit, S. 44, 46.

¹¹³ v. Tuhr/Peter S. 430; Leonhard, Fahrlässigkeit, S. 3: «Ungerecht und grausam wäre es, den, der sich alle redliche Mühe gegeben, für seine Unfähigkeit haftbar zu machen.»

¹¹⁴ Leonhard, Fahrlässigkeit, S. 19, S. 35ff. Im Zusammenhang mit § 276 BGB fordert er ein «normales Mittelmass an Sorgfalt, das ordentliche Menschen anzuwenden pflegen.»

¹¹⁵ Leonhard I S. 442: «Die Sorgfalt wird nach allgemeinem, die Fähigkeit nach persönlichem Massstab bemessen.»

¹¹⁶ Vgl. auch die Regelung im österreichischen Gesetz: § 1297 ABGB: «Es wird aber auch vermutet, dass jeder, welcher den Verstandesgebrauch besitzt, eines solchen Grades des Fleisses und der Aufmerksamkeit fähig sei, welcher bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann»; dazu Koziol I S. 129; Koziol, Grundriss I, S. 340.

¹¹⁷ Eingehend zu dieser Frage: Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 101ff., insbes. S. 114.

nicht abgrenzender Natur¹¹⁸. Der Willensbereich, der in die Abschnitte Motivation, Entscheidung und Planung und in die Ausführungshandlung eingeteilt werden kann¹¹⁹, wird von Trieben, Gefühlen, angeborenen Anlagen und weiteren Faktoren beeinflusst. Die Steuerung der Willenshandlung setzt insofern ihrerseits wiederum ganz bestimmte Fähigkeiten voraus, die genannten Einflüsse zu fördern oder zu unterdrücken. So kann beispielsweise das momentane Gefühl grosser Trauer oder Freude ganz spezielle intellektuelle Kräfte erfordern, sich trotzdem auf ein bestimmtes Verhalten zu konzentrieren. Oder das Könnensbewusstsein kann geradezu als Voraussetzung des Wollens angesehen werden. Ist es ungenügend ausgebildet, hält es von der Aufgabenerfüllung zurück. Ein übermässiges Eigenmachtgefühl hingegen lässt die eigenen Grenzen verkennen.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich, dass die durchgeführte Unterscheidung in Können und Wollen unscharf ist¹²⁰. Will man grundsätzlich an der Schuld als einer Willensschuld festhalten, und fordert man die subjektive Vorwerfbarkeit der Schädigung, so ist die Person im gesamten Bereich ihrer körperlichen, geistigen und seelischen Voraussetzungen mit einem subjektiven Massstab zu messen. Die Theorie, welche die Fähigkeiten individuell und das Wollen objektiv beurteilt, bleibt hingegen auf halbem Wege stehen.

3. Gründe für objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff

Im Gegensatz zum subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff, der Rücksicht nimmt auf die Individualität des Täters, entspricht ein objektivierter Verschuldensbegriff den Bedürfnissen des Geschädigten, da aus der Individualität des Täters nicht entschuldigt werden kann. Das Verschuldensprinzip an sich ist auf den Schädiger, das Institut des Schadenersatzes auf den Geschädigten zugeschnitten¹²¹. Je nachdem welchem Zweckgedanken der Vorrang eingeräumt wird, ist der Massstab der Fahrlässigkeit mehr ein individueller oder genereller. Für den Entscheid, welcher Massstab zur Anwendung kommen soll, sind die widerstreitenden Interessen des Schädigers und des Geschädigten einander gegenüberzustellen und abzuwägen. Im Bereich der vertraglichen wie ausservertraglichen Haftung ist der Schädiger daran interessiert, dass sein Fähigkeitsstand Grenze seiner Verantwortlichkeit sei. Dieses Begehren hat besonderes Gewicht, soweit es sich auf ein Mindestmass der

¹¹⁸ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 100.

¹¹⁹ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 103.

¹²⁰ Vgl. auch Heck S. 78.

¹²¹ Tobler S. 145; Aebi S. 81: «Das Ziel des Schadenersatzes ist dementsprechend die Herstellung derjenigen Vermögenslage auf seiten des Geschädigten, die bestünde, wenn die Schädigung ausgeblieben wäre.»

Teilnahme am Verkehr richtet¹²²: Das auch dem unterdurchschnittlich Begabten grundsätzlich zustehende Recht zur Teilnahme am Gesellschaftsleben könnte in der Tat verkürzt werden, wenn es mit einem untragbaren Schadenersatzrisiko belastet würde.

Demgegenüber richtet sich das Interesse des Geschädigten auf einen allgemein hohen, den Aufgaben der Gefahrvermeidung bzw. Gefahrsteuerung entsprechenden Fähigkeitsstand als Haftungsgrundlage. Dazu tritt das Interesse an möglicher Sicherheit des Verkehrsablaufs und an der Sicherung des Vertrauens auf eine in starkem Masse sorgfältige Verhaltensweise im Verkehr¹²³.

Die Abwägung der beiden Standpunkte mündet ein in eine Wertung, die letztlich von rechtspolitischen Erwägungen abhängig ist¹²⁴. Mit der Feststellung, dass das Deliktsrecht Schadenverteilungsrecht ist und nicht Täterbewertungsrecht¹²⁵, liegt die Vermutung nahe, dass für die Haftbarkeit ein anderer als der subjektive Verschuldensbegriff, dessen Massstab eben der Täter selbst liefert, zur Anwendung kommen muss. Auf der anderen Seite spricht die Tatsache, dass neben die Rechtswidrigkeit das Verschulden als weitere Haftungsvoraussetzung hinzutritt, gegen einen extrem objektivierten Fahrlässigkeitsmassstab, wie ihn etwa eine optimale Vergleichsperson an der Stelle des Täters liefern könnte. Der gesuchte Massstab liegt folglich irgendwo zwischen dem subjektiven und einem an einer Idealperson gemessenen objektiven Massstab. Für eine solche Auffassung sprechen mehrere Gründe: Das Recht des nicht genügend Befähigten, am Verkehr teilzunehmen, findet seine Grenze an den von der Gemeinschaft anerkannten Rechten anderer¹²⁶. In der Tat wird dem Unfähigen hier ein besonderes Risiko auferlegt. Dem Risiko des Verletzers steht jedoch jenes des Geschädigten gegenüber, im Falle eines Schadens keinen Ausgleich zu erhalten. Mit der Anwendung eines objektiv-typisierenden Massstabes kann eine angemessene Risikoverteilung erreicht werden, die der sozialen Gerechtigkeit entspricht¹²⁷. Der Ansicht, dass ein solcher Verschuldensmassstab der Erhaltung der Bewegungsfreiheit, die als wesentliche Wirkung des Verschuldenserfordernisses betrachtet wird¹²⁸, zuwiderläuft, ist

¹²² Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 326.

¹²³ A.M. Koziol I S. 129., der dem Vertrauens Gesichtspunkt im Schadenersatzrecht eine Bedeutung nicht zugesteht.

¹²⁴ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 327; Wiethölter S. 45.

¹²⁵ Wiethölter S. 47; ähnlich Oftinger I S. 145, der bemerkt, dass «das moderne Haftpflichtrecht nicht vorab auf Verantwortlichmachung, auf Sanktion, ausgerichtet ist, als vielmehr auf das Ziel der Schadensdeckung»; Larenz I S. 265.

¹²⁶ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 327.

¹²⁷ Larenz, Fahrlässigkeitsmassstäbe, S. 124, 126; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 327, 330; Izveren S. 39; Wiethölter S. 51: «... Übergewicht der sozialen Gerechtigkeit über die individuelle im Schadensrecht»; vgl. auch Keller II S. 56.

¹²⁸ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 68f., S. 130.

entgegenzuhalten, dass die rechtlich geschützten Interessen Dritter diese Einschränkung der Bewegungsfreiheit notwendig machen: Die dem Menschen zur Entwicklung, zur Entfaltung seiner Persönlichkeit und zur zweckentsprechenden Ausübung eines Berufes bedürftige Freiheit wird nur in einem gewissen Rahmen anerkannt. Der durch ihn abgegrenzte Bereich kann als Spielraum bezeichnet werden¹²⁹. Nur wer sich innerhalb dieses Spielraumes hält, ist von Ausgleichsverpflichtungen freigestellt¹³⁰.

Die Beschränkung der Bewegungsfreiheit auf einen bestimmten Spielraum wirkt sich auch auf die anderen Verkehrsteilnehmer aus: Bis zum Anzeichen des Gegenteils darf man sich darauf verlassen, dass im sozialen Verkehr mit der entsprechenden Sorgfalt der jeweiligen Verkehrskreisangehörigen zu Werk gegangen wird¹³¹. Das Abstellen auf ein standardisiertes Verhalten erstarkt zum Vertrauensgrundsatz, der in der Form des objektiv-typisierten Verschuldensmassstabes den entsprechenden Schutz findet. Dieser Vertrauensschutz wird durch das menschliche Zusammenleben, durch die Notwendigkeit, sich auf ein Minimum von positiven Fähigkeiten und Eigenschaften verlassen zu können¹³², gefordert und begründet.

Schliesslich sei für die Anerkennung eines objektivierten Fahrlässigkeitsmassstabs noch ein praktischer Grund angeführt: Auch im Strafrecht, wo an sich ganz auf die individuellen Fähigkeiten des Täters abgestellt werden müsste, steckt wegen der beschränkten Erkenntnismöglichkeiten des Strafverfahrens ein beträchtliches Quantum an Generalisierung¹³³. So verweist auch Zeuner auf eine Reihe namhafter Stimmen, die darauf hinweisen, dass es nicht eindeutig feststellbar sei, ob der Täter in der gegebenen Situation auch tatsächlich anders hätte handeln können¹³⁴. Zieht man diesen Aspekt in die Betrachtung mit ein, so kann der Versuch, im Zivilrecht mit einem objektiven Beurteilungsmassstab zu arbeiten, kaum a priori als verfehlt bezeichnet werden.

¹²⁹ Rümelin, Schadenszurechnung, S. 55.

¹³⁰ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 69; bezüglich «besondere Fähigkeiten» vgl. hinten S. 64f.

¹³¹ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 140.

¹³² Oftinger I S. 144; Larenz, Fahrlässigkeitsmassstäbe, S. 126; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 140; Larenz I S. 265; Esser I S. 379; Aebi S. 83.

¹³³ Vgl. Stratenwerth AT S. 33, 237.

¹³⁴ Zeuner S. 8, mit Verweis auf die dt. Strafrechtsliteratur.

4. Bestimmung des objektiven Massstabes

A) Möglichkeit der Gruppenbildung

a) Grundsatz

Die Anwendung eines objektiven Fahrlässigkeitsmassstabes im Zivilrecht, die bei der Vertragshaftung insbesondere mit der Sicherheit des Rechtsverkehrs, mit dem Schutz des berechtigten Vertrauens auf die zu erwartende Leistung¹³⁵, im ausservertraglichen Bereich mit einer der sozialen Gerechtigkeit entsprechenden Risikoverteilung¹³⁶ begründet werden kann, erfordert eine Typisierung der Verhaltenserwartung an den einzelnen. Wer im Verkehr auftritt, hat diejenige Sorgfalt an den Tag zu legen, die auch von den andern Teilnehmern desselben Verkehrskreises erbracht werden muss. Der Sorgfaltsstandard basiert dabei auf einem bestimmten, je nach Verkehrskreis unterschiedlich hohen Fähigkeitsniveau. Die Gruppenbildung führt gegenüber einer Vergleichsperson des zu sachgemäsem Verhalten fähigen und mit allem Erfahrungswissen ausgestatteten einsichtigsten Beobachters regelmässig zu einer Herabsetzung der Sorgfaltsanforderungen¹³⁷. Je nachdem, welcher Gruppe von Verkehrsteilnehmern eine Person angehört, kommt ein verschiedener Sorgfaltsmassstab zur Anwendung. Unterschiedlich ist somit auch die Gewährung eines Spielraums und die diesen rechtfertigende Handlungsfreiheit. So bedürfen beispielsweise Jugendliche eines ihrem Alter angepassten Spielraums, um eigene Erfahrungen sammeln, Gefahren erkennen und sachgemässes Verhalten lernen zu können. Ebenso benötigen Betagte einen gewissen eigenen Raum, der ihnen ermöglicht, überhaupt noch im Verkehr aufzutreten¹³⁸.

b) Besondere Fähigkeiten

Bei konsequenter Durchführung einer schematischen Betrachtungsweise des Verschuldens würden die Fähigkeiten vernachlässigt, die dem einzelnen über das im Verkehrskreis erforderliche Mass hinaus gestatten, den Eingriff in das Rechtsgut zu verhindern. Es stellt sich die Frage, ob die besonderen Fähigkeiten oder Kenntnisse bei der Beurteilung der Fahrlässigkeit zu berücksichtigen sind. Engisch führt das Beispiel an, wo jemand im Besitze eines besonderen Heilverfahrens ist und bei einem Unfall unfreiwillig mit der Behandlung des Verletzten befasst wird, bei der sich dieses

¹³⁵ Larenz, Fahrlässigkeitsmassstäbe, S. 124, 126; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 306, 310.

¹³⁶ Larenz, Fahrlässigkeitsmassstäbe, S. 124; vgl. auch vorne S. 62f.

¹³⁷ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 129; vgl. auch die Ausführungen zur personalen Sorgfalt, vorne S. 52f.

¹³⁸ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 130.

Verfahren bewähren müsste¹³⁹. Zur Beantwortung der Frage sei auf die Funktion der Fahrlässigkeit verwiesen¹⁴⁰: Man betrachtet als wesentliche Wirkung des Verschuldenserfordernisses die Erhaltung der Bewegungs- bzw. Handlungsfreiheit, die bei Anwendung des objektiv-typisierenden Fahrlässigkeitsmassstabes in einem gewissen abgegrenzten Bereich anerkannt wird, der sich neben der Berücksichtigung der zu schützenden Rechtsgüter auch nach der Handlungsperson und somit nach dem Fähigkeitsstandard der Gruppenangehörigen bemisst. Die Tatsache, dass im betreffenden Fall spezielle Kenntnisse vorliegen, führt dazu, dass der Handelnde den generell gewährten Bewegungsspielraum nicht benötigt. Bedarf eine Person des Spielraums nicht, so wird er ihr auch nicht zugestanden¹⁴¹. Die besonderen Fähigkeiten sind demzufolge einzusetzen und werden bei der Wertung des Verschuldens mitberücksichtigt¹⁴². Die Aussage, derjenige habe sorgfältig gehandelt und sei somit von Ausgleichsverpflichtungen freigestellt, welcher sich innerhalb des gekennzeichneten Spielraumes gehalten habe, muss dahin konkretisiert werden, dass dies nur auf Personen zutrifft, die nicht kraft besonderer Fähigkeiten zu einem sorgfältigeren Handeln verpflichtet sind¹⁴³.

B) Probleme der Gruppenbildung

a) Individualisierung

In der Bildung von Gruppen oder Verkehrskreisen, wie dies beim objektiven Fahrlässigkeitsmassstab aufgrund der Standardisierung der Sorgfaltsanforderungen notwendigerweise geschehen muss¹⁴⁴, liegt auch ein bestimmtes Quantum an subjektiver Täterbeurteilung. Eine Ausnahme davon macht ein extrem objektiver Massstab, der sämtliche die menschliche Individualität prägenden Bestandteile generalisiert und – im Rahmen des Menschlichen – Durchschnittlichkeit des Verhaltens schlechthin fordert¹⁴⁵. Zwischen diesem extrem objektiven und einem subjektiven Massstab liegt hingegen eine breite Skala mittlerer Möglichkeiten. Allen ist gemeinsam, dass ganz bestimmte Kriterien zur Bildung von je eigenen Gruppen führen. Es besteht

¹³⁹ Engisch, S. 355; Zeuner S. 9.

¹⁴⁰ Dazu ausführend Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 64ff., insbes. S. 67ff.

¹⁴¹ Zeuner S. 9 führt aus, dass mit der Typisierung der Fahrlässigkeitsvoraussetzung ein Mindeststandard festgelegt wird, damit jedoch noch keinesfalls das Höchstmass dessen bestimmt ist, was im Einzelfall für die Beurteilung massgebend sein kann.

¹⁴² Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 70, 128, 143; Deutsch, Haftungsrecht, S. 279f.; Esser I S. 382f.; Larenz I S. 264; Tobler S. 152f.; vgl. auch BGE 84 II 299: «Wer Einsicht in eine Gefahr hat und sie trotzdem missachtet, handelt schuldhafter als der Unwissende und Unerfahrene.»

¹⁴³ Vgl. vorne S. 63 bei N 130.

¹⁴⁴ Vgl. vorne S. 64.

¹⁴⁵ Aebi S. 58.

die Möglichkeit der Typisierung nach Alter, Bildung, Beruf, Geschlecht, Bevölkerungsschicht, körperlichen Besonderheiten und ähnlichen Faktoren¹⁴⁶.

Je mehr Kriterien im betreffenden Fall der Beurteilung zugrunde gelegt werden, desto mehr Gruppen sind denkbar und um so eher wird der Individualität des Täters Rechnung getragen. Wird beispielsweise ein Handwerker nicht nur nach dem Fähigkeitsstand seiner Berufskategorie beurteilt, sondern werden zur Feststellung der Sorgfaltsverletzung auch sein Alter und seine Sehbehinderung in dem Sinne in Erwägung gezogen, als von einer Gruppe der betagten und sehbehinderten Handwerker ausgegangen wird, so hat dies zur Folge, dass mit der immer feineren Anpassung des objektiven Massstabes an die Bedürfnisse des Einzelfalls und der damit verbundenen Mitberücksichtigung individueller Momente der Massstab sich immer mehr einem subjektiven nähert¹⁴⁷. Hier kommt auch zum Ausdruck, dass das Mass der Objektivierung abstufbar ist¹⁴⁸. Die objektive Theorie gerät allerdings mit ihrer Grundanschauung notwendig in Widerspruch, vorausgesetzt, sämtliche erheblichen Eigenschaften werden bei der Klassifizierung mitberücksichtigt: Es geht nicht an, den Massstab als objektiv zu bezeichnen, und dann doch wieder alle die Person prägenden Eigenschaften dadurch in Rechnung zu stellen, dass man den Handelnden aufgrund ihrer in eine bestimmte Gruppe einreicht¹⁴⁹. Diesem Konflikt kann nur dadurch entgangen werden, dass man lediglich gewisse Eigenschaften und gewisse Gruppierungen gelten lässt, wobei sich sogleich das Problem stellt, wie sich eine Grenzziehung motivieren lässt¹⁵⁰.

b) Bestimmung der relevanten Faktoren

Hervorgerufen durch die in der objektiven Fahrlässigkeitstheorie vorzunehmende Gruppenbildung und der damit verbundenen gewissen Subjektivie-

¹⁴⁶ Aebi a.a.O.

¹⁴⁷ Tobler S. 155; anders Wendt S. 438f.: Er hält dafür, dass durch die Individualisierung der objektive Massstab keineswegs aufgegeben, sondern nur näher und genauer bestimmt wird; ähnlich auch Wiethölter S. 22, wo die Ansicht vertreten wird, dass selbst bei starker Klassifizierung «die Typen- und Klassenbildung weder den Fahrlässigkeitsmassstab subjektiviert noch ermässigt». Dabei erkennt Wiethölter die Tatsache, dass bei einer letztendlich alle Eigenschaften des Täters berücksichtigenden Klassifizierung die Orientierung nicht mehr an einer abstrakten Person erfolgt, sondern diese mit dem Täter selbst zusammenfällt.

¹⁴⁸ Aebi S. 58; Rümelin S. 49: Bezüglich der zu seiner Zeit herrschenden Ansicht spricht er von einer «Mittellinie zwischen generalisierender und individualisierender Betrachtungsweise».

¹⁴⁹ Leonhard, Fahrlässigkeit, S. 9f.

¹⁵⁰ Aus dieser Schwierigkeit heraus gelangt Leonhard zur subjektiven Auffassung: Leonhard, Fahrlässigkeit, S. 13: «Fängt man erst an, Gruppen zu bilden, so muss man dies nach allen Eigenschaften tun, soweit sie überhaupt erheblich sind und bei mehr als einem Menschen vorkommen»; vgl. auch Engisch, S. 439; Wiethölter S. 22f.

rung der Täterbeurteilung erfährt die an die Sorgfalt zu stellende Anforderung eine entsprechende Abschwächung. Es ist der Sorgfaltsstandard der Gruppe einzuhalten, der der Handelnde angehört¹⁵¹. Wenn hier von Standard gesprochen wird, so ist damit der Vergleich mit einem ordentlichen Gruppenangehörigen gemeint. Dasselbe ist angetönt, wenn von einem Durchschnittsverhalten¹⁵² oder Durchschnittsmassstab¹⁵³ gesprochen oder auf ein Mittel- oder Normalmass¹⁵⁴ verwiesen wird. Eine weitere Unterteilung in überdurchschnittliche oder übermässig ordentliche Gruppenangehörige findet, dem Grundsatz einer schematischen Betrachtungsweise gemäss, nicht statt¹⁵⁵.

Gilt für die Gruppenangehörigen ein Durchschnittsmassstab, der empirisch zu ermitteln ist, so kann dasselbe von der Festlegung der einzelnen Gruppen nicht gesagt werden. Vielmehr sind theoretisch beliebig viele Möglichkeiten denkbar, was von der Zahl der berücksichtigten Merkmale abhängt. Eine Beschränkung aus praktischen Erwägungen drängt sich auf.

Vielfach wird in der Literatur unterschieden zwischen objektiven oder konkreten Umständen, die zu berücksichtigen sind, und subjektiven Momenten, die nicht berücksichtigt werden¹⁵⁶. Allgemein ist anerkannt, dass jene subjektiven Faktoren beim Schädiger wie Angst, Bedrücktheit, Zorn oder Übermüdung¹⁵⁷ auf die Gruppenbildung und damit an die zu stellende Sorgfaltsanforderung keinen Einfluss haben. Der Gedanke mag hier mitspielen, dass solche individuellen Eigenschaften, die meist auch bloss vorübergehender Natur sind – man denke beispielsweise an die Übermüdung – unterdrückt oder ausgeglichen werden können oder dass im Falle ihrer Akutheit von einer dadurch negativ beeinflussbaren Tätigkeit Abstand genommen werden soll. Auf der anderen Seite sind die konkreten Umstände im Umfeld einer Handlung in Betracht zu ziehen. Dies ergibt sich bereits aus der Fragestellung, wie ein ordentlicher Gruppenangehöriger in der konkreten Situation gehandelt haben würde¹⁵⁸. Es gilt der Grundsatz, dass die Sorgfalt den Verhältnissen anzupassen ist¹⁵⁹. Während z.B. eine Notfallsituation oder die Tatsache, dass ein Angriff bevorsteht, eine Schaden stiftende Handlung eher zu entschuldigen vermag, desto grösser ist die

¹⁵¹ Larenz, Fahrlässigkeitsmassstäbe, S. 119; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 142f.

¹⁵² Oftinger I S. 141, 143.

¹⁵³ Guhl S. 174; Tobler S. 147; Izveren S. 33, 35.

¹⁵⁴ Rümelin S. 50f.; Tobler S. 145; Wendt S. 435.

¹⁵⁵ Allerdings können besondere Fähigkeiten dazu führen, dass der Bewegungsspielraum nicht benötigt wird. In diesem Fall ist die den Fähigkeiten entsprechende Sorgfalt aufzubringen; vgl. dazu vorne S. 64f.

¹⁵⁶ Keller/Landmann Tafeln 57a und b; A. Keller S. 77; Ott S. 117.

¹⁵⁷ Vgl. Keller/Landmann Tafel 57b; BGE 58 II 33, 138, 88 II 453; Oftinger I S. 146.

¹⁵⁸ Vgl. auch Löwisch S. 427.

¹⁵⁹ Oftinger I S. 147.

erforderliche Sorgfalt bei der Vornahme einer gefährlichen, schwierigen oder nutzlosen Tätigkeit¹⁶⁰.

Zu den konkreten Umständen bzw. den gegebenen Verhältnissen, werden mehrheitlich auch das Alter, das Geschlecht und der Beruf des Handelnden hinzugezählt¹⁶¹. Die Berücksichtigung dieser Merkmale ist im Ergebnis richtig, wird aber meistens falsch begründet. Nicht vertretbar ist die Ansicht, bei Alter, Beruf oder Geschlecht handle es sich gleich den äusseren Umständen wie Ort und Zeit ebenfalls um objektive Umstände, innere zwar, die aber im Gegensatz zu den subjektiven zu beachten seien¹⁶². Vielmehr sind jene ausgesprochen subjektive Merkmale, die das Wesen der handelnden Person nebst anderen Faktoren zur Hauptsache prägen. Der ihnen beizumessende Stellenwert zur Grobeinteilung der Individuen erklärt die Tatsache, dass sie entgegen dem Grundsatz der Nichtberücksichtigung subjektiver Momente zur Verschuldensbeurteilung herangezogen werden. Das ausschliessliche Abstellen auf diese Faktoren lässt sie so als die eigentlichen Träger der Gruppenbildung erscheinen.

c) Merkmals- und Auftretensgruppen

Zwei Arten gruppenbildender Momente sind zu unterscheiden: Entweder handelt es sich um Merkmale der Person, die alle Menschen betreffen, oder es wird an den Willensakt einer Person angeschlossen, der die betreffende zum Mitglied einer speziellen Gruppierung macht. Im ersten Fall kann von Merkmalsgruppen, im zweiten Fall von Auftretensgruppen gesprochen werden¹⁶³. Die Beschränkung der Merkmalsgruppen auf das Alter und das Geschlecht findet neben dem Grundsatz der schematischen Betrachtung seinen Grund darin, dass diese beiden Merkmale Ausdruck einer gesamt-menschlichen Typizität sind. Zu Recht werden einzelne Gebrechen nicht berücksichtigt. So wird vermieden, dass ein Grossteil der Menschen solchen Sondermerkmalsgruppen als nicht betroffen gegenüberstehen würde¹⁶⁴.

Bei den Auftretensgruppen kann eine Einteilung in dreifacher Hinsicht getroffen werden. Einmal bilden die diversen Berufe eigene Verkehrskreise¹⁶⁵: Je qualifizierter der Beruf, desto grösser sind die an die Sorgfalt zu stellenden Anforderungen¹⁶⁶. Weitere Gruppen erzeugen die Kreise von

¹⁶⁰ Keller/Landmann Tafel 57b; Oftinger I a.a.O.

¹⁶¹ Oftinger I S. 146f.; Keller/Landmann Tafel 57b; Tobler S. 149; A. Keller S. 77; Ott S. 117; Wendt S. 438; Rümelin S. 48f.

¹⁶² So A. Keller S. 77; Ott S. 117; ungenau auch Keller/Landmann Tafel 57b, wo das Alter des Schädigers subjektiven Momenten, die nicht zu berücksichtigen sind, gegenübergestellt wird.

¹⁶³ Vgl. dazu ausführlich: Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 130ff.

¹⁶⁴ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 141.

¹⁶⁵ v. Tuhr/Peter S. 429f.: «Berufskreis des Täters»; Giger, Berührungspunkte, S. 386; Oftinger I S. 147f.; BGE II 276, 67 II 22; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 132ff.; Tobler S. 149.

¹⁶⁶ Oftinger I S. 147.

«Fachleuten». Nicht an Berufsspezialisten ist hier in erster Linie gedacht, als vielmehr an alle Tätigkeiten, die ein besonderes Fachwissen voraussetzen und deren Ausübung bei speziell hoher Gefährdung vom Bestehen einer Fähigkeitsprüfung abhängig gemacht wird¹⁶⁷. Schliesslich haben auch die durch Vornahme bestimmter Rechtsgeschäfte gebildeten Gruppen Anerkennung als eigene Verkehrskreise gefunden¹⁶⁸. Dabei handelt es sich um solche Geschäfte, die über die im allgemeinen Verkehr vorauszusetzende Fähigkeiten erfordern. Der Gruppenstandard gilt für die rechtlichen Beziehungen aus dem vorgenommenen Rechtsgeschäft¹⁶⁹. Überschneidungen mit der Gruppe der Berufsangehörigen ergeben sich dann, wenn das rechtsgeschäftliche Handeln in Verbindung mit der Berufsausübung steht.

Die Grenze der Spezialisierung ist bei den Auftretensgruppen bereits in der abgestuften Zulassung zu einer Gefahr¹⁷⁰ oder der besonderen Ausbildung und Zulassung für einen Beruf¹⁷¹ vorgezeichnet. Mitbestimmend ist auch das Moment der Erkennbarkeit der Zugehörigkeit zu einer Gruppe: Besagt der Vertrauensgrundsatz, dass man sich bis zum Anzeichen des Gegenteils darauf verlassen darf, dass im sozialen Verkehr mit der Sorgfalt der jeweiligen Verkehrskreisangehörigen zu Werk gegangen wird¹⁷², aber auch, dass das typische Verhalten dieser Gruppenangehörigen von den andern Verkehrsteilnehmern zu berücksichtigen ist, so spielt dieser nur, solange die die Gruppen prägenden Faktoren auch tatsächlich erkennbar sind. Beschränkt man die zu berücksichtigenden Faktoren bei den Merkmalsgruppen auf Alter und Geschlecht, bei den Auftretensgruppen auf Beruf, Fachleute und Vornahme von bestimmten Rechtsgeschäften, so ist in der Regel die Zugehörigkeit zu einer Gruppe aus der äusseren Erscheinung oder dem Auftreten auch wirklich zu erkennen.

Sobald ein Verhalten sich mehr als einem Verkehrskreis zuordnen lässt, wird das Verhältnis der Gruppen zueinander erheblich. Als Beispiel für das Zusammentreffen von zwei Auftretensgruppen diene der Fall des berufsmässigen Lastwagenfahrens. Die Gruppenmerkmale sind Beruf und Ausübung einer Fachleuten vorbehaltenen Tätigkeit. Der Sorgfaltsbemessung ist in solchen Fällen die im Hinblick auf das Verhalten sozial bedeutsamere Gruppe zugrunde zu legen, der die in Betracht kommenden Anforderungen des andern Verkehrskreises hinzuzurechnen sind¹⁷³.

¹⁶⁷ Oftinger I S. 143; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 136f.; zu denken ist etwa an das Reiten, das Bedienen von Maschinen, das Rad- und Autofahren; BGE 89 II 226f.

¹⁶⁸ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 131f.; vgl. dazu die Bestimmungen des allgemeinen und besonderen Vertragsrechts, Art. 97ff. und Art. 184ff. OR.

¹⁶⁹ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 132.

¹⁷⁰ Man denke an die verschiedenen Kategorien von Fahrprüfungen.

¹⁷¹ Z.B. Ausbildung zum Spezialisten innerhalb einer Berufsgattung.

¹⁷² Vgl. vorne S. 63; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 140.

¹⁷³ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 142: Er spricht vom Grundsatz der Kumulation.

Was das Verhältnis von Auftretens- und Merkmalsgruppe betrifft: Auftretensgruppen mit ausgeprägter sozialer Bedeutung überlagern regelmässig die Merkmalsgruppen¹⁷⁴. So geniesst ein jugendlicher Autolenker nicht die Vorrechte seines Alters. Ebensowenig kann sich der greise Berufstätige auf jenes berufen¹⁷⁵.

d) *Urteilsfähigkeit und objektivierter Verschuldensbegriff*

Unabhängig des Bekenntnisses zur subjektiven oder einer objektivierten Verschuldentheorie hat der Täter, sofern man ihn für sein Handeln zur Verantwortung ziehen will, als urteilsfähig zu gelten¹⁷⁶. Während bei grundsätzlicher Subjektivierung des Schuldmassstabes die Gründe, die zum Ausschluss der Urteilsfähigkeit führen, bereits bei der Frage nach der Sorgfaltsverletzung berücksichtigt werden, so stehen bei einem objektiven Fahrlässigkeitsmassstab die Urteilsfähigkeit und die objektive Seite des Verschuldens – das Abweichen vom Gruppenstandard – in einem kompensatorischen Verhältnis¹⁷⁷. Da die Frage nach der Urteilsfähigkeit, nach dem Vorliegen bestimmter minimaler Fähigkeiten der Einsicht und Willenssteuerung, ausschliesslich subjektiv zu beantworten ist, kann daraus unter Umständen eine Milderung des aufgrund eines objektiven Verschuldensbegriffs gewonnenen Ergebnisses resultieren¹⁷⁸. Auch bei Anwendung eines noch so extrem objektiven Verschuldensmassstabs würde daraus ein gewisser Subjektivismus erfolgen¹⁷⁹. Dieser ist grösser oder kleiner, je nachdem, bei welchem Grad der Abweichung vom allgemeinen Normalverhalten man die Urteilsunfähigkeit anerkennen will. Soll im Privatrecht allerdings ein objektiver Begriff des Verschuldens gelten, so hat der Subjektivismus im Rahmen der Zurechnungsfähigkeit ein beschränkter zu bleiben¹⁸⁰.

Das Erfordernis der Urteilsfähigkeit erscheint in diesem Lichte als Korrekturfaktor in jenen Fällen, wo eine solch grosse Abweichung vom erforderlichen Gruppendurchschnittsverhalten vorliegt, dass die rein objektive Beurteilung des Handelns eine übertriebene Härte mit sich bringen würde¹⁸¹.

¹⁷⁴ Deutsch a.a.O.

¹⁷⁵ Rümelin S. 45, führt bezüglich Berufstätigkeit und gewissen gefährdenden Tätigkeiten aus: «... wird unabhängig von Alter, Geschlecht, Kränklichkeit, Nervosität ein bestimmtes Mass von Anforderungen aufrecht erhalten.» Alter und Geschlecht finden dagegen Berücksichtigung auf dem Gebiet des allgemeinen Verkehrs: Rümelin S. 48.

¹⁷⁶ Art. 16 und Art. 18 ZGB; vgl. zum Begriff der Urteilsfähigkeit die Ausführungen vorne S. 40f.

¹⁷⁷ Vgl. auch Aebi S. 89.

¹⁷⁸ Oftinger I S. 155; Aebi a.a.O.

¹⁷⁹ Aebi S. 58f., 63, 89.

¹⁸⁰ Aebi S. 95 ; vgl. dazu auch die Ausführungen vorne S. 41.

¹⁸¹ Beachte auch die Anmerkung bei Oftinger I S. 145, dass der Gegensatz von Kausal- und Verschuldenshaftung sich je nach Tatbestand darauf reduziert, dass im letzteren Fall Urteilsfähigkeit vorausgesetzt wird.

3. Kapitel

Einordnung der Sorgfaltspflicht im Aufbau der Haftungsvoraussetzungen

§ 1 Bedeutung der Einordnung

Während im vorangehenden Kapitel¹ neben terminologischen Fragen auch die Bezugspunkte, insbesondere aber die Massstäbe der Sorgfalt² und damit deren Inhaltsproblem zur Sprache gekommen sind, so handelt es sich im folgenden Kapitel um die Stellung der Sorgfaltspflicht – bzw. deren Verletzung – im Gefüge der Haftungsvoraussetzungen³. Einerseits muss die Sorgfaltsfrage zur Ermittlung der objektiven Seite der Verschuldensvoraussetzung gestellt werden⁴. Andererseits ist zu prüfen, ob nicht die Sorgfalt ihren Platz bereits auf Stufe Rechtswidrigkeit einnimmt. Letztere Möglichkeit drängt sich um so mehr auf, als nicht nur von «Sorgfalt», sondern auch von «Sorgfaltspflicht» gesprochen wird. Es liegt dann nahe, die Verletzung dieser Pflicht neben andere Pflichtverletzungen, die das Rechtswidrigkeitsurteil begründen, zu stellen.

Die Bestimmung des sachgerechten Standortes der Sorgfaltsverletzung im Aufbau der Haftungsvoraussetzungen ist nicht ein blosses Systemproblem, wie dies auf den ersten Blick erscheinen mag. Das rein theoretische Gebiet ist bereits dann verlassen, wenn die beweisrechtliche Seite eines Schadenfalls in Betracht gezogen wird: Bei ausservertraglichen Schädigungen hat zwar der Verletzte sowohl die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Schädigers wie auch dessen Verschulden nachzuweisen⁵. Die Sorgfaltsverletzung gehört somit immer zum Beweisthema des Geschädigten, sei es unter dem Aspekt der Rechtswidrigkeit oder dem des Verschuldens. Kann eine Sorgfaltsverletzung nicht nachgewiesen werden, so trägt dieser auch die Folgen der Beweislosigkeit.

Anders bei Schadenersatzansprüchen auf vertraglicher Grundlage: Es hat derjenige, der Ersatz beansprucht, den Schaden und die Nichterfüllung des Vertrages darzutun, während es gemäss Art. 97 OR Sache des Schuldners

¹ 2. Kapitel: Begriff der Sorgfalt und deren Bemessung.

² Vgl. § 2: Massstäbe der Sorgfalt.

³ Diese Frage kann als «Einordnungsproblem» der Sorgfalt bezeichnet werden.

⁴ Vgl. vorne S. 38f. und die Ausführungen zur personalen Sorgfalt S. 52f.

⁵ Guhl S. 177: «Wer aus unerlaubter Handlung Schadenersatz verlangt, hat sämtliche Voraussetzungen, nämlich Schaden, Kausalzusammenhang, Widerrechtlichkeit und Verschulden zu beweisen.» (vgl. Art. 8 ZGB); Deutsch, Haftungsrecht, S. 208, 295.

ist, den Nachweis des fehlenden Verschuldens zu erbringen⁶. Je nachdem, ob die Sorgfaltsverletzung bei der Rechtswidrigkeit oder beim Verschulden eingereiht wird, hat entweder der Vertragsgläubiger, der zugleich Geschädigter ist, oder der Vertragsschuldner sich mit der Frage der Sorgfaltsverletzung zu befassen.

Während man hier noch den Einwand erheben könnte, praktische Konsequenzen zeitige das Problem der Einordnung nur bezüglich der Beweislastverteilung im Prozess und den damit verbundenen Folgen der Beweislosigkeit, so wird das Einordnungsproblem zu einem echten Sachproblem dort, wo eine Rechtsfolge bereits bei schuldlos rechtswidriger Normverwirklichung eintritt⁷. Die Rechtswidrigkeit bildet in diesen Fällen neben dem Schaden und adäquaten Kausalzusammenhang das abschliessende Merkmal für den Eintritt der Rechtsfolge: Im Vordergrund stehen dabei Kausalhaftungen, die typischerweise unabhängig von einem Verschulden die Haftpflicht begründen⁸, und das Gebiet des negatorischen Rechtsschutzes.

Im Rahmen der Kausalhaftungen sind jene Fälle von Bedeutung, wo das Gesetz *expressis verbis* die Frage der Sorgfaltsverletzung aufwirft, wo also – ähnlich dem Exculpationsbeweis durch den Schuldner im Vertragsrecht⁹ – eine Befreiungsmöglichkeit des Haftpflichtigen durch den Sorgfaltsbeweis¹⁰ vorgesehen ist. Wie bereits an anderer Stelle darauf hingewiesen, stellt sich bei den Kausalhaftungen die Frage der Rechtswidrigkeit nur bei derjenigen Gruppe, wo das Gesetz den Sorgfaltsbeweis vorsieht und bei der Haftung des Urteilsunfähigen. Bei den übrigen Kausal- inklusive Gefährdungshaftungen wird nicht auf ein mangelhaftes Verhalten abgestellt¹¹. Die Haftung des Urteilsunfähigen gemäss Art. 54 OR stellt insofern einen Spezialfall unter den Kausalhaftungen dar, als hier einzig auf die Voraussetzung der Urteilsunfähigkeit und somit auf die subjektive Seite des Verschuldens verzichtet wird. Hingegen muss wie bei den Verschuldenshaftungen die objektive Seite des Verschuldens, welche im Abweichen vom Normalverhalten besteht, geprüft werden¹². In diesem Sinne bildet sodann die Rechtswidrigkeit nicht die abschliessende Voraussetzung der Haftung.

Was den Bereich der negatorischen Ansprüche¹³ auf Unterlassung und Beseitigung drohender oder bereits erfolgter Störungen betrifft, so ist auch

⁶ Guhl a.a.O.

⁷ Deutsch, *Fahrlässigkeit*, S. 195, 407.

⁸ Keller/Landmann *Tafel* 6.

⁹ Bezüglich Verhältnis Sorgfaltsbeweis / Exculpationsbeweis vgl. Keller/Landmann *Tafel* 64.

¹⁰ Vgl. Art. 55 OR (Geschäftsherrenhaftung), Art. 56 OR (Tierhalterhaftung) und Art. 333 ZGB (Haftung des Familienhauptes).

¹¹ Vgl. vorne S. 35 bei N 99.

¹² Keller/Landmann *Tafel* 156a.

¹³ Sog. «Defensiver Rechtsschutz» im Gegensatz zum nach-tatlichen Schadensausgleich, der als «Repressiver Rechtsschutz» bezeichnet werden kann; vgl. Deutsch, *Haftungsrecht*, S. 57ff.

hier die Rechtswidrigkeit als das die Rechtsfolge auslösende Merkmal zu betrachten: Wie bei den Kausalhaftungen wird der Rechtsschutz unabhängig von einem Verschulden des Eingreifenden gewährt. Einziges Erfordernis neben der drohenden Rechtsgutverletzung ist die Widerrechtlichkeit des Eingriffs¹⁴. Neben der Möglichkeit der Anrufung des Richters kann der Betroffene seine Rechte bei einem widerrechtlichen Angriff auch selbst wahren. Dies trifft dann zu, wenn die Voraussetzungen für die Notwehr oder den Notstand erfüllt sind¹⁵.

Entscheidend für das Bewirken des defensiven Rechtsschutzes ist letztlich die Frage, ob die Sorgfaltsverletzung unter dem Aspekt der Rechtswidrigkeit von Bedeutung ist und ob unter «widerrechtlich» hier etwas anderes verstanden wird als bei der Verschuldenshaftung in Art. 41ff. OR¹⁶.

§ 2 Verletzung der Sorgfaltspflicht als Merkmal der Rechtswidrigkeit

I. Ausgangspunkt und Problemstellung

1. Sorgfalt auf Verschuldensstufe

Aus den Ausführungen zum Verschulden¹⁷ und insbesondere zur objektiven Fahrlässigkeitstheorie¹⁸ hat sich ergeben, dass die Verletzung der Sorgfalt – in der Form der personalen Sorgfalt¹⁹ – das Merkmal der Vorwerfbarkeit und somit der Verschuldensvoraussetzung ist: Das Mass der Sorgfalt variiert dabei je nach der Personengruppe, welcher der zu beurteilende Schädiger angehört. Dieses zu erbringende Standardmass, das die Grenze zum fahrlässigen Handeln bildet, wird dabei vom Vertrauen des Verkehrs auf die typischerweise zu erwartenden Eigenschaften und Fähigkeiten der Gruppenangehörigen festgelegt. Insofern ist die Sorgfalt auf Verschuldens-

¹⁴ Bezüglich Persönlichkeitsschutz: Vgl. Art. 28 Abs. 1 und 2 ZGB und Art. 28 lit. aff. ZGB; Tuor/Schnyder S. 82f. (zu Art. 28 ZGB alte Fassung); BBl 1982 II 655ff. (zu Art. 28 ZGB in der Fassung vom 16.12.1983).

Bezüglich Besitzschutz: Vgl. Art. 926ff. ZGB; Tuor/Schnyder S. 514.

¹⁵ Vgl. Art. 52 OR, Art. 701 und 926 ZGB.

¹⁶ Vgl. hinten S. 97ff.

¹⁷ Vgl. vorne S. 38ff.

¹⁸ Vgl. vorne S. 58ff.

¹⁹ Vgl. vorne S. 52f.

stufe typisiert und objektiviert. Man spricht demzufolge mit gutem Grund von der objektiven Seite des Verschuldens²⁰ und meint damit die personale Sorgfalt, während die sog. subjektive Seite des Verschuldens die Urteilsfähigkeit beschlägt²¹.

Soweit in der schweizerischen Rechtsliteratur im Zusammenhang mit der Fahrlässigkeit von der «im Verkehr erforderlichen Sorgfalt» die Rede ist²², wird damit auf die Objektivierung des Sorgfaltsmassstabs Bezug genommen. Wie auch v. Tuhr/Peter²³ fordern allerdings namhafte deutsche Autoren²⁴ für die Verschuldensvoraussetzung eine Sorgfaltsverletzung nach rein subjektiven Gesichtspunkten und lehnen die objektivierte Verschuldentheorie ab. Unter diesen Voraussetzungen nimmt die «im Verkehr erforderliche Sorgfalt» ihren Platz folglich auf der dem Verschulden vorgelagerten Stufe der Rechtswidrigkeit ein. Ausgehend von der im § 276 Abs. 1 BGB zu findenden Definition, dass «fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht lässt», bedeutet Fahrlässigkeit bei dieser Betrachtungsweise sodann nicht mehr eine Form des Verschuldens²⁵, sondern sie bezeichnet das Unrechtsurteil der Tat²⁶ als Gegensatz zum vorsätzlichen Handeln. Eine Erörterung der Fahrlässigkeitsdefinition des § 276 BGB drängt sich auf.

2. Fahrlässigkeitsdefinition im BGB

A) Gesetzliche Normierung in § 276 BGB

Absatz 1 der Bestimmung lautet wie folgt: «Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht lässt. Die Vorschriften der §§ 827, 828 finden Anwendung.» Diese Norm, die unter dem Randtitel «Haftung für eigenes Verschulden» im Buch über die Schuldverhältnisse steht²⁷, findet Anwendung sowohl im Vertragsrecht als auch im Bereich der unerlaubten Handlungen²⁸. Ungeachtet der Tatsache, dass der Gesetzgeber mit der Fahrlässigkeitsdefinition in § 276 BGB einen Massstab für die Verschuldensbeurteilung geben wollte und die Ausseracht-

²⁰ Keller/Landmann Tafeln 52/53; vgl. vorne S. 38.

²¹ Vgl. vorne S. 40f.

²² v. Tuhr/Peter S. 429; vgl. vorne S. 39.

²³ v. Tuhr/Peter a.a.O.

²⁴ Vgl. hinten S. 78f.

²⁵ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 8.

²⁶ Esser I S. 358, 372f.

²⁷ 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse §§ 241–853.

²⁸ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 326; Larenz I S. 267; Esser II S. 471.

lassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt als Moment des Verschuldens wertete²⁹, taucht in der neueren deutschen Literatur immer wieder die Ansicht auf, in Wahrheit handle es sich hier nicht um die Festlegung des Verschuldensmassstabes, sondern vielmehr um einen objektiven Verhaltensmassstab, dessen Nichtbeachtung das Widerrechtlichkeitsurteil der Tat begründe³⁰. Betrachtet man hingegen der letzteren Auffassung folgend die Verletzung der erforderlichen Sorgfalt als Merkmal des tatbestandsmässig-rechtswidrigen Verhaltens, so meint «Fahrlässigkeit» nicht mehr schuldhaftes, sondern widerrechtliches Handeln. Unwillkürlich gerät man dabei in Konflikt mit § 823 Abs. 1 BGB³¹, wo zur Begründung der Schadenersatzpflicht bei unerlaubten Handlungen neben Fahrlässigkeit auch Widerrechtlichkeit gefordert wird.

In der Tat kann die Auslegung von § 276 Abs. 1 zu verschiedenen Ergebnissen führen, je nachdem, welcher Sinn dem Ausdruck «im Verkehr erforderliche Sorgfalt» beigemessen wird. Der Sorgfaltsbegriff selbst ist mehrdeutig: Es kann damit die äussere oder innere Sorgfalt, das Höchstmass oder die auf ein Standardmass herabgesetzte personale Sorgfalt gemeint sein³². Unbestritten ist einzig die Annahme, dass der Verweis auf das im Verkehr Erforderliche eine gewisse Objektivierung der Sorgfaltsanforderungen nahelegt, was dadurch einen rein subjektiven Sorgfaltsbegriff ausschliesst. Ob aber die Objektivierung der Sorgfalt über jenes Mass hinausgeht, welches die personale Sorgfalt bei der Verschuldensprüfung festlegt, lässt sich aus dem Wortlaut der Bestimmung nicht entnehmen.

B) Bedeutungen der «im Verkehr erforderlichen Sorgfalt»

Die «im Verkehr erforderliche Sorgfalt» kann verschiedene Bedeutungen haben³³. Es sind grundsätzlich die folgenden drei Möglichkeiten in Betracht zu ziehen: § 276 BGB verweist entweder auf die äussere Sorgfalt im Höchstmass oder auf die äussere und innere Sorgfalt im Höchstmass oder auf das Standardmass der äusseren und inneren Sorgfalt, die personale Sorgfalt³⁴. Der Unterschied zwischen der ersten und zweiten Möglichkeit

²⁹ Mot. I 281: «Unter 'Verschulden' wird ein auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruhendes Verhalten verstanden»; vgl. auch Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 20f.; Larenz I S. 258, 267.

³⁰ Vgl. dazu die näheren Ausführungen hinten S. 78f.

³¹ «Wer vorsätzlich oder fahrlässig, das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet»; vgl. auch Art. 41 Abs. 1 OR.

³² Vgl. dazu die Ausführungen vorne S. 46, 47, 52ff.

³³ Synonym verwendet werden die Ausdrücke: Objektive Sorgfalt, objektiv erforderliche Sorgfalt, verkehrsgemässe Sorgfalt, verkehrserforderliche Sorgfalt.

³⁴ Vgl. dazu auch Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 183ff.

– äussere Sorgfalt im Höchstmass und äussere und innere Sorgfalt im Höchstmass – liegt darin, dass im zweiten Fall von einer Sorgfaltsverletzung erst dann gesprochen wird, wenn auch die innere Sorgfalt im Höchstmass ausser acht gelassen worden ist: Die Frage der Erkennbarkeit möglicher Erfolgsverursachung eines einsichtigsten Menschen vom Standpunkt des Handelnden aus entscheidet somit über die Bewertung der Täterhandlung als sorgfältig oder unsorgfältig. Im anderen Fall, wo nur auf die äussere Sorgfalt, das sachgemässe Verhalten, abgestellt wird, entfällt diese Prüfung der Erkennbarkeit. Ein Beispiel soll den Unterschied verdeutlichen³⁵: Springt ein Vater seinem in einen reissenden Fluss gefallenem Kind deswegen nicht nach, weil er, wie auch ein Einsichtigster an seiner Stelle, nicht erkennen kann, dass dies sein Kind ist, handelt er zwar äusserlich unsorgfältig, da ihm aus der Garantenstellung seinem Kind gegenüber eine Rettungspflicht erwächst, hingegen ist innere Sorgfalt gegeben. Der ersten Auffassung folgend wäre die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt, während sie nach der anderen Auffassung, die auch die Verletzung der inneren Sorgfalt im Höchstmass in die Beurteilung miteinbezieht, gewahrt bliebe.

Der Unterschied der ersten beiden Möglichkeiten zur dritten Auffassung, dass die erforderliche Sorgfalt verletzt, wer die äussere und innere Sorgfalt nicht beachtet, die dem Standard des Verkehrskreises, dem der Betreffende angehört, entspricht, kann erheblich sein. Dies ist allerdings von der Gruppe abhängig, nach deren Standard sich die personale Sorgfalt bemisst. Je höher das Standardmass, je grössere Sorgfaltsanforderungen an die Gruppenangehörigen gestellt werden dürfen, desto kleiner wird der Abstand zur Sorgfalt eines einsichtigsten und fähigsten Beobachters, dem alles Erfahrungswissen gegeben ist.

C) Einordnungen der Fahrlässigkeit

Die Überschrift soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass es auch im folgenden um das Einordnungsproblem der Sorgfaltsverletzung geht. Wird jedoch im deutschen Recht die Einordnung der Sorgfaltspflicht zu einer dem Verschulden vorgelagerten Stufe diskutiert, so sehen sich die betreffenden Verfechter dieser Theorie aufgrund der Verknüpfung der «Fahrlässigkeit» mit der «im Verkehr erforderlichen Sorgfalt» in § 276 BGB gezwungen, den Fahrlässigkeitsbegriff aus der Verschuldensstufe zu lösen. Wollte man dagegen die Fahrlässigkeit in jenen Fällen weiterhin als Form des Verschul-

³⁵ Zu finden bei Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 184.

dens betrachten, so würde eine Zerreißung der Definition des § 276 BGB in Kauf genommen³⁶.

In Abhängigkeit vom Verständnis der «erforderlichen Sorgfalt» kann die Fahrlässigkeit ihren Platz auf der Stufe der Tatbestandsmässigkeit, der Rechtswidrigkeit oder der Schuld einnehmen³⁷. Für alle drei Möglichkeiten lassen sich Vertreter im Schrifttum finden.

a) *Einordnung beim Tatbestand*

In seiner strafrechtlichen Untersuchung der Fahrlässigkeit kommt Engisch³⁸ zum Schluss, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt systematisch als Tatbestandsmerkmal aufzufassen³⁹. Er geht davon aus, dass die Norm der Vermeidung einer Tatbestandsverwirklichung identisch ist mit der Norm, Mittel zur Vermeidung dieser Tatbestandsverwirklichung anzuwenden. Soweit letztere vermieden werden soll, ist «dieses Sollen gleichbedeutend mit der Norm, die zur Vermeidung dieser Tatbestandsverwirklichung erforderliche Sorgfalt anzuwenden»⁴⁰. Gerade aus dem letzten Satz geht jedoch hervor, dass Tatbestand und Norm nicht auf gleicher Stufe anzusiedeln sind: Der Tatbestand bezeichnet den verpönten Erfolg oder Zustand. Die Norm aber schreibt dem einzelnen vor, wie er sich im Hinblick auf die Vermeidung eines tatbestandsmässigen Erfolges zu verhalten habe. Die erforderliche Sorgfalt kann wohl mit dem Normbefehl gleichgesetzt werden, hat dann aber nichts mit dem Tatbestand als solchem zu tun⁴¹.

Auch im Zivilrecht, wo der Tatbestandsbegriff nicht so scharf umrissen und entwickelt worden ist wie im Strafrecht, möchte Wiethölter die Fahrlässigkeit als Tatbestandsmerkmal verstanden wissen⁴². Ebenso wie bei Engisch gilt für ihn als wesentliches Aufbauelement für den Tatbestand das rechtliche Sollen. Dieses setzt er mit der verkehrserforderlichen Sorgfalt

³⁶ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 8, weist auf dieses Problem hin. Er selbst versteht unter Fahrlässigkeit eine Form des Verschuldens. Inkonsequenterweise betitelt er den Abschnitt über das Einordnungsproblem der Sorgfalt mit «Die Einordnung der Fahrlässigkeit» (S. 179).

³⁷ Die deutsche Lehre kennt den dreiteiligen Schichtaufbau im Haftungsrecht: Tatbestandsmässigkeit – Rechtswidrigkeit – Schuld; vgl. dazu Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 61ff.; Deutsch, Haftungsrecht, S. 271.

³⁸ Engisch: Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht.

³⁹ Engisch a.a.O. S. 344, 346, 348.

⁴⁰ Engisch S. 336.

⁴¹ Tatbestandsmässig handelt z.B. auch der Chirurg, der in die körperliche Integrität des Patienten eingreift, ohne dass er damit die erforderliche Sorgfalt verletzt. Denn bei Einwilligung des Verletzten wird der Normbefehl, d.h. Anwendung von Sorgfalt zur Vermeidung von tatbestandsmässigen Erfolgen, aufgehoben.

⁴² Wiethölter S. 41f., 52f.; vgl. auch S. 24ff., 33ff., wo das Einordnungsproblem aufgegriffen wird.

gleich⁴³. Namentlich spricht er sich gegen die Annahme der Fahrlässigkeit als Schuldenelement und gegen die verkehrserforderliche Sorgfalt als Rechtswidrigkeitselement aus⁴⁴. Vielmehr betrachtet er die Fahrlässigkeit als normatives Tatbestandsmerkmal⁴⁵. Dabei besteht das zivilrechtliche Unrecht der Fahrlässigkeit in der Verwirklichung von missbilligten Ergebnissen unter Nichteinhaltung bestimmter Handlungsqualitäten, wobei die verkehrserforderliche Sorgfalt als Grenzmassstab für Unrecht und Unglück dient⁴⁶. Bei Wiethölter fallen Tatbestand und Rechtswidrigkeit praktisch zusammen: Als Tatbestand bezeichnet er die Verbotsmaterie als begriffliches Gebilde in ideeller Sphäre, während mit Rechtswidrigkeit der Widerspruch der wirklichen, nicht bloss gedachten Tatbestandsverwirklichung einer Verbotsnorm zur Rechtsordnung gemeint sei⁴⁷.

b) Einordnung bei der Rechtswidrigkeit

Auf die dem Tatbestand folgende Aufbaustufe abstellend, schreibt Nipperdey als Ergebnis seiner Betrachtungen⁴⁸: «§ 276 Abs. 1 Satz 2 handelt nicht von der Schuld, sondern von der Rechtswidrigkeit bei nicht vorsätzlichen Handlungen»⁴⁹. Zu dieser Schlussfolgerung gelangt er, indem er von der Annahme ausgeht, dass der sog. objektive Fahrlässigkeitsbegriff sich bei Fahrlässigkeitstaten mit der Rechtswidrigkeit deckt⁵⁰: Als rechtmässig gilt für ihn ein verkehrsrichtiges oder sozialadäquates Verhalten, was gleichbedeutend mit dem Begriff der «im Verkehr erforderlichen Sorgfalt» sei⁵¹. Daneben gebe es für eine Schuld im Sinne des sog. objektiven Fahrlässigkeitsbegriffs keinen Platz. Die dadurch eingetretene Entleerung des Fahrlässigkeitsbegriffs der objektiven Theorie deutet er dahin, dass für die Fahrlässigkeitstaten eine individuelle Vorwerfbarkeit verlangt werde, m.a.W. die Fahrlässigkeitsvorstellung der subjektiven Theorie ihre Richtigkeit erwiesen habe⁵².

Ebenso wie Nipperdey folgt auch Esser der Auffassung, wer sich verkehrsmässig sorgfältig verhalte, handle nicht rechtswidrig. § 276 Abs. 1 BGB bilde, einen objektiven Pflichtmassstab statuierend, bei der zivilrecht-

⁴³ Wiethölter S. 40.

⁴⁴ Wiethölter S. 41: «Denn ist der Tatbestand erfüllt, bestehen hinsichtlich der Rechtswidrigkeit keine Besonderheiten.»

⁴⁵ Wiethölter S. 41f.: Als Hauptbeispiel eines «ausfüllbaren Wertmerkmals», eines «unbestimmten Rechtsbegriffs» führt er den Verstoss gegen die guten Sitten an.

⁴⁶ Wiethölter S. 42.

⁴⁷ Wiethölter S. 28; vgl. auch vorne N 44.

⁴⁸ Nipperdey: «Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht» in NJW 10 1957, 2. Halbband.

⁴⁹ Nipperdey a.a.O. S. 1782.

⁵⁰ Nipperdey S. 1779f.: bezüglich objektivem Fahrlässigkeitsbegriff vgl. vorne S. 58 ff.

⁵¹ Nipperdey S. 1779 insbes. N 12, S. 1781.

⁵² Nipperdey S. 1781f.; vgl. auch die Kritik an Nipperdey bei Wiethölter S. 46f.

lichen Verhaltenshaftung den Rechtswidrigkeitsmassstab⁵³. Er beruft sich dabei unter anderem auf Exner, wo die Beurteilung des Verhaltens, das der Verkehr erfordert, bereits als eine Frage der Rechtswidrigkeit eingestuft wurde⁵⁴.

Auch Niese gelangte, ausgehend von der Vorstellung der Rechtmässigkeit sozialadäquater Erfolgsverursachungen, zu der Einsicht, dass die objektiv im Verkehr erforderliche Sorgfalt die Grenze zwischen rechtmässigem und rechtswidrigem Verhalten bilde⁵⁵.

Die Fahrlässigkeit, die in § 276 BGB umschrieben ist, nimmt nach Esser ihren Platz auf der Stufe der Widerrechtlichkeit ein⁵⁶. Er bezeichnet die Haftung nach § 276 BGB nicht mehr als Verschuldenshaftung, sondern titulierte sie mit dem Ausdruck Unrechthaftung: Da das Urteil des rechtswidrigen Verhaltens, das nicht ausgefällt werde aufgrund einer Sorgfalt an sich, sondern einer solchen, die «anbetrachts der jeweiligen Situation den Verkehrsnotwendigkeiten im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des Erfolgs entspricht» und somit die Aspekte des Erforderlichen, Möglichen und Zumutbaren enthalte, erübrige sich eine situationsbedingte Vorwerfbarkeit auf einer weiteren Ebene des Verschuldens⁵⁷. Hierin unterscheidet sich Esser grundlegend von Nipperdey. Während letzterer die Notwendigkeit eines subjektiven Verschuldensbegriffs vertritt, ist Esser zur Ansicht gelangt, der in § 276 BGB auf das jeweilige Betätigungsfeld bzw. auf die speziellen Verkehrskreise abgestimmte Pflichtenmassstab schliesse eine zusätzliche individuelle Verschuldensprüfung aus⁵⁸.

c) Einordnung beim Verschulden

Die dritte Möglichkeit besteht darin, den Fahrlässigkeitsbegriff des BGB für einen reinen Verschuldensbegriff zu halten.

Larenz ist ein Vertreter dieser Ansicht, wobei er sich auf das BGB beruft: Es ergebe sich unter anderem aus § 278, dass «Verschulden» nichts anderes bedeute als die in § 276 Abs. 1 genannten Schuldarten «Vorsatz» und

⁵³ Esser I S. 362; vgl. auch Esser I, 4. Aufl., S. 245ff., wo § 276 BGB noch als Verquickung von Pflicht- und Schuldmassstab aufgefasst wurde: Sog. doppelter Unrechts- und Verschuldensmassstab (S. 247 N 14).

⁵⁴ Exner S. 193.

⁵⁵ Niese S. 60f.

⁵⁶ Esser I S. 372f., S. 377ff.; Esser II S. 471f.

⁵⁷ Esser I S. 368f.

⁵⁸ Eine Verschuldensprüfung bejaht er nur in jenen Fällen, wo das Abstellen auf das Verkehrserforderliche den Kern der Haftungsproblematik verfehlt und demzufolge ein Abgehen von der strengen Formel des § 276 Abs. 1 gerechtfertigt erscheint: Familie, Genugtuungsansprüche: Esser I S. 369f.

«Fahrlässigkeit»⁵⁹. Allerdings versteht auch er die Fahrlässigkeit nur ausnahmsweise als streng auf die Person bezogener Schuldvorwurf. Vielmehr gelte im Zivilrecht ein objektivierter oder typisierter Fahrlässigkeitsmassstab⁶⁰. Was das Verhältnis zwischen objektiver Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeit anbelangt – bei Nipperdey decken sich diese Begriffe⁶¹ –, so gelangt er zum Ergebnis, dass der Schuldvorwurf, der im typisierten Fahrlässigkeitsurteil enthalten ist, mehr besagt als bloss die Feststellung des Verstosses gegen eine Verhaltens- oder die Nichterfüllung einer Leistungspflicht⁶². Da sich die Verhaltenspflicht primär auf ein äusseres Verhalten beziehe, verstosse der Schuldner unter Umständen gegen sie auch dann, wenn es ihm nicht an innerer Sorgfalt⁶³ mangle, was unter Zugrundelegung der von den betreffenden Gruppenangehörigen zu verlangenden Fähigkeiten zu beurteilen sei. Ein trotzdem vorliegender Verstoß gegen die Verhaltenspflicht ist nach Larenz erst dann fahrlässig gemäss § 276 BGB und vom Schuldner zu vertreten, wenn es nicht nur an der äusseren, sondern auch an der inneren Sorgfalt mangelt⁶⁴.

Ebenso nimmt Zeuner einen Verstoß gegen die erforderliche Sorgfalt nicht als gegeben an, wenn die Sozialschädlichkeit eines Verhaltens von einem andern als dem Täterstandpunkt aus evident, aus der begrenzten Perspektive des Handelnden aber selbst bei grösster Umsicht unerkennbar ist⁶⁵. Er stellt vielmehr darauf ab, wie sich die Verhältnisse für eine Person in der Lage des Täters darstellen. In diesem Sinne betrachtet auch er die Ausserachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht als Unrechtskriterium des unvorsätzlichen Verhaltens, sondern als Element des Verschuldens⁶⁶.

Wieweit die Gleichsetzung der Verletzung der inneren Sorgfalt mit dem Verschulden und der Nichtbeachtung der äusseren Sorgfalt mit der Rechtswidrigkeit ihre Berechtigung hat⁶⁷, oder ob nicht vielmehr zur Begründung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens neben der äusseren auch

⁵⁹ Larenz I S. 258, 267; Er verweist auch auf § 823 Abs. 1, wo zwischen Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit unterschieden wird.

⁶⁰ Larenz I S. 261ff., insbes. S. 264f.; vgl. auch den Hinweis auf die herrschende Lehre S. 264 N 26.

⁶¹ Nipperdey S. 1779f.; vgl. vorne S. 78 bei N 50.

⁶² Larenz I S. 266ff.

⁶³ Voraussicht, Aufmerksamkeit, Anspannung des Willens oder des Intellekts (Larenz I S. 268).

⁶⁴ Larenz I S. 268; Larenz II S. 610f.

⁶⁵ Zeuner S. 4.

⁶⁶ Zeuner a.a.O.

⁶⁷ So Larenz I S. 268; ähnlich Deutsch, Haftungsrecht, S. 101, wo auf die Möglichkeit hingewiesen wird, die innere Sorgfalt dem Verschulden und die äussere Sorgfalt dem Tatbestand zuzuweisen.

auf die innere Sorgfalt abgestellt werden muss, bleibe vorderhand noch dahingestellt⁶⁸.

Dagegen stehen keine zwingenden Gründe im Wege, die «Fahrlässigkeit» weiterhin als Bezeichnung für das schuldhafte Verhalten, sei dies individuelle oder typisierte Schuld, zu verwenden⁶⁹. Um eine Zerreissung der Definition in § 276 Abs. 1 BGB zu vermeiden, ist unter der «im Verkehr erforderlichen Sorgfalt» als Umschreibung der Fahrlässigkeit und somit auch des Verschuldens konsequenterweise das Standardmass der Sorgfalt, die sog. personale Sorgfalt, zu verstehen.

Dies führt zur Frage, nach welchen Gesichtspunkten nun die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens statuiert werden muss: Während auf der Ebene des Verschuldens, die die Vorwerfbarkeit des rechtswidrigen Verhaltens beschlägt, nach dem Standardmass geurteilt wird, liegt es nahe, auf der Ebene der Rechtswidrigkeit, die den generellen Verhaltensmassstab für den einzelnen abgibt, auf das Höchstmass der Sorgfalt zu greifen. Dabei muss auch der Frage nachgegangen werden, ob unter Umständen das Urteil der Rechtswidrigkeit gar unabhängig von einem Sorgfaltsverstoss zu fällen ist.

II. Sorgfalt und Rechtswidrigkeit

Das Verhältnis zwischen der Rechtswidrigkeit und dem Sorgfaltsbegriff ist noch weitgehend ungeklärt⁷⁰. Die einzelnen Ausprägungen der «Sorgfalt» sind im Zusammenhang mit der Rechtswidrigkeit näher zu untersuchen⁷¹. Während für das Verschulden bei einem objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff im Zivilrecht ein vom jeweiligen Gruppenstandard abhängiges typisiertes Sorgfaltsmass zur Anwendung gelangt, ist ein solches für die Begründung der Rechtswidrigkeit nicht festgelegt. Unklar sind insbesondere folgende Problemkreise: Kann oder muss die Rechtswidrigkeit in allen oder nur in bestimmten Fällen unabhängig von einer Sorgfaltsverletzung statuiert werden, und wird jene gegebenenfalls, zwar nicht durch das Standardmass, so doch durch ein Höchstmass an Sorgfalt bestimmt?

Muss in jenen Fällen, wo das Höchstmass an Sorgfalt die Rechtswidrigkeit begründet, allein abgestellt werden auf die äussere Sorgfalt, d.h. auf das sachgemässe Verhalten, oder spielt auch die innere Sorgfalt im

⁶⁸ Vgl. hinten S. 95.

⁶⁹ Wie Larenz I S. 261ff. dies tut und mit ihm der Grossteil der dt. Lehre. Ebenso durchwegs auch die schweizerische Lehre und Rechtsprechung; vgl. statt vieler Otfinger I S. 141ff.

⁷⁰ Immerhin weist Giger, Berührungspunkte, S. 392f., auf die Doppelnatur der Sorgfaltpflichten hin: Am Beispiel von Art. 321e Abs. 2 OR zeigt er auf, dass die Umschreibung des Masses der Sorgfalt jenes Mass bestimmt, bei dessen Nichteinhaltung Widerrechtlichkeit vorliegt, aber auch Faktoren enthält, die das Verschulden betreffen.

⁷¹ Bezüglich der möglichen Bedeutungen der «Sorgfalt» vgl. vorne S. 75f.

Höchstmass – man denke an die Erkennbarkeit des normverstossenden Verhaltens – eine Rolle?

Bevor im Zusammenhang mit den Verhaltens- und Gefährdungsnormen auf diese Fragen eingetreten wird, sollen vorweg einige Aspekte zur Bedeutung und Funktion der Rechtswidrigkeit aufgezeigt werden. Denn letztlich entscheidet die Funktion der Rechtswidrigkeit darüber, ob und in welcher Form die Ausserachtlassung der Sorgfalt sich in den Begriff widerrechtlich einfügen lässt. Auch die Frage, ob sinnvoll eine Aufspaltung des Rechtswidrigkeitsbegriffs danach vorgenommen werden darf, ob er die Sorgfaltswidrigkeit enthält oder nicht, kann nur über die die Rechtswidrigkeitsvoraussetzung tragenden Zweckgedanken angegangen werden⁷².

1. Funktion der Rechtswidrigkeit

Die Rechtsordnung statuiert in ihrem Bestreben, das menschliche Zusammenleben zu ordnen, bestimmte Pflichten in der Form von Geboten und Verboten. Ein Verstoss gegen solche indiziert die Rechtswidrigkeit⁷³. Dabei bezieht sich das Urteil der Rechtswidrigkeit auf das menschliche Verhalten und nicht etwa auf einen schädlichen Erfolg⁷⁴. Dies geht aus dem Gedanken hervor, dass durch die Festlegung von bestimmten Pflichten der Gesetzgeber einen für den einzelnen verbindlichen Verhaltensmassstab aufstellen wollte. Es muss dem Handelnden bereits im Zeitpunkt des Handelns möglich sein zu beurteilen, ob er sich rechtswidrig oder rechtmässig verhält. Auch vom Standpunkt des Gefährdeten aus muss erkennbar sein, ob ihm Unterlassungsansprüche oder Abwehrrechte gegen den Handelnden zustehen⁷⁵.

Allgemein kann die Rechtswidrigkeit als Zurechnungselement bezeichnet werden⁷⁶. In Verbindung mit den andern Elementen wie Schaden, adäquatem Kausalzusammenhang oder Verschulden bildet sie die Voraussetzung für die Haftung. Nicht bei allen Haftungsgruppen spielt die Rechtswidrigkeit die gleiche Rolle. Von Bedeutung ist sie vor allem bei der Verschuldenshaftung, wo sie ein nicht abschliessendes Merkmal für die Rechtsfolge ist. Denn neben der Rechtswidrigkeit, der Feststellung, dass die Handlung als solche gegen das Recht verstösst, wird grundsätzlich ein Verschulden gefordert, worin die Vorwerfbarkeit oder Zurechenbarkeit der

⁷² Vgl. dazu auch Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 195 ff.

⁷³ Vorbehalten bleibt die Prüfung von Rechtfertigungsgründen: Vgl. Keller/Landmann Tafeln 46 ff.

⁷⁴ Koziol I S. 90; vgl. bereits vorne S. 31 f.

⁷⁵ Koziol I S. 91.

⁷⁶ Koziol I S. 90.

Rechtsverletzung zur betreffenden Person geprüft wird⁷⁷. Dagegen bildet die Rechtswidrigkeit das abschliessende Merkmal für die Rechtsfolge in jenen Fällen, wo es auf ein Verschulden nicht ankommt: So bei bestimmten Kausalhaftungen und beim defensiven Rechtsschutz⁷⁸. Dort wird die Haftung an die blossе Rechtswidrigkeit der Handlung geknüpft, vorausgesetzt, die andern Haftungselemente wie Schaden und Kausalzusammenhang sind erfüllt. In diesem Zusammenhang sei erneut darauf hingewiesen, dass bei der Gefährdungshaftung die Prüfung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens primär ausser Betracht fällt⁷⁹.

Nebst den Fällen, wo die Rechtswidrigkeit eine selbständige Funktion besitzt und als abschliessendes Merkmal die Rechtsfolge eintreten lässt, bezweckt die Heraushebung der Rechtswidrigkeit bzw. die Unterscheidung in Rechtswidrigkeit und Schuld die Erleichterung der Rechtsanwendung⁸⁰. Eine schrittweise, präzisere Subsumtion der einzelnen Fälle wird dadurch ermöglicht⁸¹. Es tritt die Verschiedenheit der Gesichtspunkte in Erscheinung, die an der Bewertung beteiligt sind⁸²: Die Rechtswidrigkeit grenzt das verbotene vom gebilligten Tun ab, während die Schuld hiervon noch abgehoben ist als Ebene der persönlichen Vorwerfbarkeit oder der persönlichen Entschuldigbarkeit trotz genereller, objektiver Missbilligung des Geschehens⁸³. Diesen grundsätzlichen Aspekt der Verselbständigung des Rechtswidrigkeitsbegriffs zeigt auch Deutsch auf: Er weist auf die Fallgruppe derjenigen Handlungen hin, die vom Recht ausdrücklich oder aufgrund einer Güterabwägung gebilligt werden⁸⁴.

So kann die Unterscheidung in Rechtswidrigkeit und Verschulden schliesslich darauf zurückgeführt werden, dass das rechtswidrige Verhalten als Objekt der Wertung, das Verschulden hingegen als Wertung dieses Objekts anzusehen ist⁸⁵.

⁷⁷ Insofern besitzt die Rechtswidrigkeit unselbständige Funktion: Neben dem widerrechtlichen muss auch schuldhaftes Verhalten vorliegen. Vgl. zur selbständigen und unselbständigen Funktion der Rechtswidrigkeit Deutsch, *Fahrlässigkeit*, S. 250ff.

⁷⁸ Vgl. vorne S. 72f. Die Funktion der Rechtswidrigkeit kann hier als eine selbständige bezeichnet werden.

⁷⁹ Koziol I S. 90: «Diese stellt nicht auf ein mangelhaftes Verhalten ab, sondern auf die erlaubte Gefährdung»; vgl. auch vorne S. 35f.

⁸⁰ Deutsch, *Fahrlässigkeit*, S. 181.

⁸¹ Engisch, *Konkretisierung*, S. 143f.; Wiethölter S. 28; Deutsch, *Fahrlässigkeit*, S. 198.

⁸² Engisch, *Konkretisierung*, S. 144; Wiethölter S. 28.

⁸³ Wiethölter a.a.O.

⁸⁴ Deutsch, *Fahrlässigkeit*, S. 198.

⁸⁵ Deutsch, *Fahrlässigkeit*, S. 181; Engisch S. 17f.

2. Rechtswidrigkeit bei Gefährdungs- und Verhaltensnormen

A) Begriff der Gefährdungs- und Verhaltensnormen

a) Verhaltensnormen

Zum Zweck der Schadensverhinderung kann die Rechtsnorm ein bestimmtes Verhalten anordnen, welches in einer konkret umschriebenen Lage zu setzen ist. Verhaltensnormen treten vorwiegend in jenen Lebensbereichen auf, wo die grosse Zahl der Teilnehmer am betreffenden Verkehr Gefahren für schützenswerte Rechtsgüter wie Leib und Leben erst entstehen lassen oder wo ein unsachgemässes Verhalten bei einer zugelassenen Tätigkeit die Tendenz zu grossen Schädigungen in sich birgt. Exemplarisch für die Regelung einer Tätigkeit durch Verhaltensnormen kann das Strassenverkehrsrecht angeführt werden: Beispiele für das befohlene Verhalten sind Anhalten, Linksüberholen, Einhalten von Geschwindigkeiten etc. Dabei ist zu beachten, dass weder die vorausgesetzte Situation noch das Verhalten selbst an der konkreten Gefahr für ein bestimmtes Rechtsgut orientiert sind⁸⁶. Die Verhaltensnormen erfassen vielmehr bereits die abstrakte Gefährdung von Rechtsgütern⁸⁷. Überfährt jemand die Sicherheitslinie, so verstösst er gegen ein Verbot und macht sich strafbar, unabhängig davon, ob im gegebenen Fall Gegenverkehr nahte oder nicht.

Die Verhaltensnorm gebietet also unter gewissen äusseren Voraussetzungen ein räumlich-zeitlich-gegenständlich bezeichnetes Verhalten schlechthin⁸⁸. Dabei kann der Normadressat entweder zu einem Tun oder Unterlassen angehalten werden. Im ersten Fall hat man es mit einer Gebots-, im zweiten Fall mit einer Verbotsnorm zu tun⁸⁹.

Der Verstoß gegen solche Normen wird folgerichtig mit «verbotsbezogenen» oder «handlungsbezogenen» Rechtswidrigkeit bezeichnet⁹⁰.

b) Gefährdungsnormen

Rein sprachlich betrachtet könnte man die Gefährdungsnormen mit der Gefährdungshaftung in Verbindung bringen. Dieses Vorgehen wäre hingegen verfehlt, denn die «Gefährdungsnorm» will etwas anderes ausdrücken: Im Gegensatz zu den Verhaltensnormen, die ein konkretes Verhalten verbindlich festlegen, sind mit «Gefährdungsnormen» alle jene Normen

⁸⁶ Deutsch, Haftungsrecht, S. 46.

⁸⁷ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 165: «Die eigentlichen Verhaltensregeln dienen in erster oder zweiter Linie der Einschränkung abstrakter Gefährdungen, d.h. allgemein gefährlichen Verhaltens.»

⁸⁸ Deutsch, Haftungsrecht, S. 47, 195.

⁸⁹ Zum Verhältnis von Gebots- und Verbotsnormen vgl. Deutsch, Haftungsrecht, S. 47.

⁹⁰ Deutsch, Haftungsrecht, S. 195; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 214.

innerhalb der Verschuldenshaftung angesprochen, die nicht das Verhalten als solches zum Gegenstand haben, sondern ausgehend von den schützenswerten Rechtsgütern lediglich indirekt ein gefahrenträchtiges Verhalten, das ein bestimmtes Mass der Gefährdung übersteigt, verbieten. Gefährdungsnormen untersagen die konkrete Gefährdung für ein Rechtsgut und orientieren sich hiermit am Rechtsgut selbst⁹¹. Der einzelne hat sein Handeln so einzurichten, dass er die auf solche Weise geschützten Rechtsgüter nicht verletzt. Insofern können auch die Gefährdungsnormen als mittelbare Verhaltensgebote oder -verbote betrachtet werden. So unterstellt beispielsweise Koziol die hier als Gefährdungsnormen bezeichneten Regeln den Verhaltensnormen, wobei er allerdings angesichts der konkreten und detaillierten Verhaltensnormen bemerkt, dass jene Verhaltensgebote, die sich aus der Anerkennung absoluter Rechte durch die Rechtsordnung ergeben, weniger konkret sind⁹².

Gefährdungsnormen finden sich sowohl im positiven wie auch im ungeschriebenen Recht. Eine Konkretisierung erfahren sie laufend durch die Rechtsprechung. Vor allem die Entscheide zum Gefahrensatz, der als ungeschriebener, gewohnheitsrechtlicher Grundsatz gilt und demjenigen Schutzmassnahmen auferlegt, der einen gefährlichen Zustand schafft oder unterhält⁹³, haben zur Ausprägung von konkreten Verhaltensvorschriften in den betreffenden Gefahrensituationen geführt⁹⁴.

Im positiven Recht sind die Gefährdungsnormen in der Form von allgemeinen Vorschriften zu finden. Als Beispiel sei auf Art. 26 Abs. 1 SVG verwiesen⁹⁵: Jedermann muss sich im Verkehr so verhalten, dass er andere in der ordnungsgemässen Benützung der Strasse weder behindert noch gefährdet.

Immer haben die Gefährdungsnormen als festen Bezugspunkt Rechtsgüter, deren Schutz sich aus verschiedenen Bestimmungen der Rechtsordnung ergibt⁹⁶, und als Ziel deren Integrität⁹⁷.

Verallgemeinernd darf der Schluss gezogen werden, dass die Gefährdungsnormen überall da zum Tragen kommen, wo das Verhalten durch den Gesetzgeber nicht normiert wurde, wo aber ein vor der Schädigung

⁹¹ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 165f.: Er stellt die konkreten Gefährdungsnormen den eigentlichen Verhaltensregeln, die der Einschränkung abstrakter Gefahren dienen, gegenüber.

⁹² Koziol I S. 93. Die konkreten Verhaltensnormen bezeichnet er als «Schutzgesetze».

⁹³ Vgl. die Ausführungen zum Gefahrensatz und dort zitierte Entscheide, vorne S. 32f., N 75.

⁹⁴ Ebenso weist Esser auf die Konkretisierung des allgemeinen Sorgfaltsmassstabs in der Praxis durch die sog. «Verkehrssicherungspflichten» hin, die von der Rechtsprechung erarbeitet wurden: Esser I S. 383; Esser II S. 473, 477 ff.

⁹⁵ Bundesgesetz vom 19.12.1958 über den Strassenverkehr: SR 741.01.

⁹⁶ Z.B. Art. 28 ZGB, Art. 49 OR (Körperliche Integrität, Persönlichkeit); vgl. auch die Bestimmungen im StGB (SR 311.0), wo die verschiedenen Rechtsgüterverletzungen der Strafe unterstellt werden.

⁹⁷ Deutsch, Haftungsrecht, S. 50.

liegendes Verhalten gerade wegen seiner Erfolgsneigung als verboten zu betrachten ist⁹⁸.

Für das Rechtswidrigkeitsurteil, das abstellt auf die Grösse der Gefahr für ein Rechtsgut, verwendet man die Begriffe «gefährdungsbezogene» oder «rechtsgutsbezogene» Rechtswidrigkeit⁹⁹.

B) Verletzung von Gefährdungsnormen und Sorgfaltsverletzung

Weil die Gefährdungsnormen elastisch und flexibel sind, da sie als festen Bezugspunkt nur das Rechtsgut aufweisen, gilt jede Übertretung dieser Normen als rechtswidrig¹⁰⁰. Gleiches kann bezüglich der Zuwiderhandlung gegen Verhaltensnormen nicht gesagt werden. Da diese nicht wie die Gefährdungsnormen die konkrete Gefahr für ein Rechtsgut verbieten, sondern immer auch durch die konkrete Verhaltensvorschrift bereits die abstrakte Gefährdung zwingend untersagen, erscheinen die Verhaltensnormen als äusserlich starr. Sie treten denn auch zurück, wenn infolge ausserordentlicher Umstände ihre Befolgung das Gegenteil des angestrebten Zweckes erreichen würde¹⁰¹.

Die Erkenntnis, dass eine Gefahr für ein Rechtsgut droht, die die Rechtsordnung nicht toleriert, kann nur durch die Aufwendung von Sorgfalt gewonnen werden. Nur durch vorausschauendes Denken und planendes Tun kann die Gefahr vermieden, oder dort, wo ein bestimmtes Mass an Gefährdung als zulässig erachtet wird, diese in der richtigen Bahn gesteuert werden. Bei der Betrachtung der inneren Sorgfalt wurde bereits darauf hingewiesen, dass das Objekt des Erkenntnisprozesses die Schaffung einer qualifizierten Gefahrenlage ist¹⁰², aber auch, dass die Voraussehbarkeit dieser Gefahr und damit eines möglichen Erfolges Voraussetzung des Vorwurfs einer Sorgfaltsverletzung ist¹⁰³.

Wurde dort die Frage der Erkennbarkeit eines Erfolgeintritts im Zusammenhang mit der Verschuldensbeurteilung gestellt, so soll hier nun der Frage nachgegangen werden, ob die objektiv fehlende Erkennbarkeit nicht bloss ein Verschulden ausschliesst, sondern bereits auch die Rechtswidrigkeit entfallen lässt.

⁹⁸ Deutsch, Haftungsrecht, S. 49f.

⁹⁹ Deutsch, Haftungsrecht, S. 196; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 215; Oftinger I S. 130f. bezeichnet den Verstoß gegen solche Normen als «Widerrechtlichkeit i.e.S.»

¹⁰⁰ Deutsch, Haftungsrecht, S. 53.

¹⁰¹ Deutsch, Haftungsrecht, S. 52; eingehend dazu hinten S. 91ff.

¹⁰² Für den ausservertraglichen Bereich ist mit «Gefahr» die Rechtsgütergefährdung, für den vertraglichen die mögliche Vertragsverletzung angesprochen.

¹⁰³ Vgl. vorne S. 48, 50.

a) *Erkennbarkeit der Gefahr als Voraussetzung der Rechtswidrigkeit*

Während bei den Verhaltensnormen allenfalls die Erkennbarkeit des Verhaltensbefehls bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit Probleme aufgeben kann¹⁰⁴, so steht bei den Gefährdungsnormen insbesondere die Erkennbarkeit einer Gefahrenlage im Vordergrund. Diese Normen, die auf ein sachgemässes Verhalten gegenüber Rechtsgütern abzielen, verlangen vom Normadressaten eine zutreffende Einschätzung der Lage. Handelt nun auch derjenige widerrechtlich, und zwar im Sinne der gefährdungsbezogenen Rechtswidrigkeit, von dessen Standpunkt aus auch für jede Drittperson eine Gefahr nicht erkennbar ist?

In zwei frühen Monographien zur Fahrlässigkeit im Strafrecht wurde diese Frage schon aufgegriffen¹⁰⁵: Exner und Engisch sahen bereits eine objektive Voraussehbarkeit als Bedingung für das Rechtswidrigkeitsurteil an. So schreibt Engisch: «Von einer Erkennbarkeit für den ‘Einsichtigsten’ hängt nach unseren früheren Ausführungen Gefährlichkeit, Eignung des Mittels zur Abwendung von Gefahren usw., im Endergebnis also der Inhalt der Sorgfaltspflicht ab.»¹⁰⁶ Bei Exner ist zu lesen: «Von einem ‘vermeiden sollen’ kann die Rede nur dann sein, wenn das Vermeiden möglich ist... Nur die voraussehbaren Folgen können im Sinne des Rechts vermeidbar genannt werden, nur auf diese bezieht sich das gesetzliche Verbot.»¹⁰⁷

Stellt man wie Engisch die Verletzung einer Sorgfaltspflicht ab auf die Erkennbarkeit für den Einsichtigsten, so verstösst nur gegen eine Norm, wer die innere Sorgfalt im Höchstmass ausser acht lässt. Dieses Höchstmass an Sorgfalt kann als abhängig bezeichnet werden von den einem optimalen Beobachter und Beurteiler erkennbaren Umständen, wobei diese auf der Basis maximaler Fähigkeiten der Erkenntnis vom Standpunkt des Handelnden aus zu beurteilen sind¹⁰⁸. Die innere Sorgfalt im Höchstmass bleibt auch dann gewahrt, wenn nicht nur die Gefahr nicht vorausgesehen werden kann, sondern wenn auch andere Umstände, die die Handlungspflicht begründen, nicht erkannt werden können: So z.B. die Garantenstellung, die eine Handlungspflicht in einer nicht selbst hervorgerufenen Gefahrenlage begründet¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Vgl. hinten S. 93ff.

¹⁰⁵ Exner: Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910, und Engisch: Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930.

¹⁰⁶ Engisch S. 357.

¹⁰⁷ Exner S. 137f.

¹⁰⁸ Vgl. vorne S. 49; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 125, 404.

¹⁰⁹ Der Vater, der sein Kind nicht aus den gefährlichen Fluten rettet, da er es nicht als sein eigenes erkennt, verletzt die innere Sorgfalt im Höchstmass nicht, wenn auch der Einsichtigste dies nicht erkennen könnte; vgl. auch Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 184. Allerdings hält Deutsch für die Rechtswidrigkeit die Möglichkeit der Erkennbarkeit der Garantenstellung nicht für nötig; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 232f.; Deutsch, Haftungsrecht, S. 201.

Ist es auch mit dieser Sorgfaltsaufwendung unmöglich, die drohende Gefahr für ein Rechtsgut anhand der Umstände zu erkennen, so darf die schädigende Handlung oder Unterlassung nicht als rechtswidrig bezeichnet werden. Wenn verschiedentlich darauf hingewiesen wurde, dass nur das Handeln und nicht der Erfolgseintritt das Rechtswidrigkeitsurteil zu begründen vermag, so muss konsequenterweise auch für den Handelnden die Möglichkeit der Einsicht in die nicht tolerierte Rechtsgutverletzung verlangt werden, wenn auch nur stark objektiviert, indem nämlich mit der inneren Sorgfalt auf ein menschenmögliches Können¹¹⁰ zurückgegangen wird.

Der Gedanke der Voraussehbarkeit der Gefahr ist in der neueren Literatur vermehrt anzutreffen¹¹¹, wird aber zuweilen dadurch relativiert, dass eine Sorgfaltsverletzung nur bei mittelbaren Gefährdungen als unentbehrlich für das Urteil der Rechtswidrigkeit angesehen wird. Ausgehend von der Tatsache, dass das menschliche Handeln Ursache einer unmittelbaren wie auch bloss mittelbaren Gefährdung für ein Rechtsgut sein kann, unterscheidet Deutsch zwei Arten der gefährdungsbezogenen Rechtswidrigkeit: Normwidrig ist nach dieser Lehre bei mittelbaren Gefährdungen ein Verhalten, welches das Höchstmass der Sorgfalt gegenüber dem Rechtsgut ausser acht lässt, bei unmittelbaren Gefährdungen hingegen ein Verhalten, das kurz vor dem Eingriff in ein Rechtsgut steht¹¹². Als mittelbar drohend wird jeder entfernte Eingriff bezeichnet, der über andere Personen oder über einen längeren Zeitablauf erfolgt¹¹³. Als Beispiel für eine mittelbare Gefährdung kann der Fall des Händlers angeführt werden, der ein Messer verkauft, mit dem später ein Delikt begangen wird¹¹⁴. Im Hinblick auf die spätere Tötung ist das Verkaufen des Messers erst dann widerrechtlich, «wenn der ideale Beobachter an Stelle des Händlers erkennen könnte, dass er es mit einem Raubbold oder Messerhelden zu tun hat»¹¹⁵. Darin ist Deutsch vorbehaltlos zuzustimmen, zumal er an anderer Stelle bemerkt, dass die Norm nicht mehr an Handlungssteuerung verlangen könne, als dem Einsichtigen und Kompetenten möglich ist¹¹⁶. Diesen für das Rechts-

¹¹⁰ Deutsch, Haftungsrecht, S. 55.

¹¹¹ Vgl. Esser I S. 358, 369; Koziol I S. 94: «Diese Gefährlichkeit ist vom Standpunkt eines sachkundigen Beobachters im Zeitpunkt der Vornahme der Handlung zu beurteilen»; Larenz II S. 612f.

¹¹² Deutsch, Haftungsrecht, S. 50, 197; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 215ff., insbes. S. 230, 233, 298; ebenso auch Larenz II S. 609f.

¹¹³ Deutsch, Haftungsrecht, S. 197; Larenz II S. 610: Eine durch mancherlei Zwischenursachen vermittelte entfernte Folge eines Verhaltens.

¹¹⁴ Zu finden bei Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 230; Deutsch, Haftungsrecht, S. 197; vgl. auch Larenz II S. 609f. und Esser II S. 472f.

¹¹⁵ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 230.

¹¹⁶ Deutsch, Haftungsrecht, S. 50.

widrigkeitsurteil grundlegenden Aspekt lässt er hingegen ausser Betracht, wenn er den unmittelbar bevorstehenden Eingriff in absolute Rechte und Rechtsgüter per se für rechtswidrig erklärt. Bei unmittelbaren Gefährdungen stellt diese Lehre für die Widerrechtlichkeit auf den drohenden Erfolg ab und befindet sich insofern, als von der Prüfung einer Sorgfaltsverletzung abgesehen wird, ganz in der Nähe der Erfolgsunrechtslehre¹¹⁷. Richtigerweise muss auch hier, wo ein Eingriff unmittelbar droht, die Beurteilung des Verhaltens vom Standpunkt des Handelnden aus vorgenommen werden: Könnte auch eine Idealperson von jenem Blickwinkel aus trotz aller grösstmöglichen Sorgfalt die Gefahr nicht erkennen, so erscheint die Handlung nicht als rechtswidrig. Wird indes zwar auf ein Verhalten abgestellt, da eine unmittelbare Gefährdung darstellt oder einen unmittelbaren Eingriff bewirkt, jenes aber von einem vom Handelnden verschiedenen Standpunkt beurteilt, so kommt dies im Ergebnis dem Abstellen auf den Erfolg gleich, da jedem Erfolg eine Gefährdung vorausseilt, die von irgendeinem Dritten als solche erkannt werden kann.

Abgesehen von diesen Einwänden liesse sich wohl auch kaum eine Einigung darüber erzielen, was als «unmittelbare» und somit per se rechtswidrige, und was als bloss «mittelbare» Gefährdung, wo auf die Sorgfalt zurückzugreifen wäre, verstanden werden soll¹¹⁸. Es gibt unmittelbare Gefährdungen, die nicht als naheliegend bezeichnet werden können. Daneben finden sich auch sog. mittelbare Gefährdungen, deren Kausalverlauf mit grosser Sicherheit vorausgesehen werden kann, obwohl die Handlung vom Erfolg räumlich oder zeitlich weiter entfernt ist.

b) Weitere Faktoren zur Begrenzung der Rechtswidrigkeit

Das Rechtswidrigkeitsurteil stellt nicht allein auf die Voraussehbarkeit der möglichen Gefährdung eines Rechtsgutes ab, sondern massgeblich sind zusätzlich weitere Faktoren. Diese müssen allerdings auch von der inneren Sorgfalt im Höchstmass erfasst werden können. Aus den voanstehenden Ausführungen zur Erkennbarkeit der Gefahr als eine Voraussetzung der Rechtswidrigkeit könnte der falsche Eindruck entstehen, die Herbeiführung einer nur irgendwie gefährlich gearteten Situation für ein Rechtsgut sei bereits widerrechtlich. Aber nicht jede nach der Adäquanzlehre als adäquat bezeichnete Ursache eines Erfolges wird von der Rechtsordnung missbilligt¹¹⁹.

Wenn hier der schillernde Begriff der Adäquanz wieder auftaucht, so deshalb, weil in der Literatur damit vielfach der ganze Problemkreis der

¹¹⁷ Vgl. auch die Kritik an dieser Lehre, die zwischen der Verhaltensunrechtslehre und der Erfolgsunrechtslehre anzusiedeln ist, bei Koziol I S. 92.

¹¹⁸ So auch Koziol a.a.O.

¹¹⁹ Zur Adäquanzlehre vgl. vorne S. 25ff.

Voraussehbarkeit eines Schadens gemeint ist, was unter dem Sorgfaltsaspekt sowohl beim Verschulden als auch bei der Rechtswidrigkeit Bedeutung erlangt¹²⁰. Gibt man der Adäquanz diesen Inhalt, so kann sie berechtigterweise als Voraussetzung der Widerrechtlichkeit bzw. des Verschuldens aufgefasst werden, denn dann fällt sie mit der dort zu erfolgenden Sorgfaltsprüfung zusammen¹²¹. Die Adäquanz allein ist aber nicht geeignet, die gefährdungsbezogene Rechtswidrigkeit zu beschränken, denn sie schliesst nach den üblichen Definitionen die Zulassung eines unter Umständen gefährlichen Verhaltens für das Rechtsgut nicht ein¹²². Zur Illustration sei nochmals das Beispiel des Verkäufers von Messern, Beilen etc. herangezogen¹²³: Wer solche Geräte in den Verkehr bringt oder vertreibt, setzt zwar eine adäquate Ursache zur Verletzung, die jemand später dadurch erleidet, denn die mögliche Verletzungsgefahr ist im gegebenen Fall nicht nur für einen Einsichtigsten vom Standpunkt des Verkäufers aus offensichtlich. Dennoch handelt der Hersteller oder Verkäufer in der Regel nicht rechtswidrig¹²⁴. Die Unbotmässigkeit des Handelns ergibt sich in solchen Fällen erst unter Heranziehung weiterer Kriterien. Man kann das Abgrenzungsproblem zwischen rechtswidrigem und rechtmässigem Tun hier auch als Problem des Verhältnisses von zugelassener Gefährdung und verbotener Annäherung bezeichnen. Eine generelle Formulierung zur Abgrenzung kann nicht gegeben werden: Das Rechtswidrigkeitsurteil kommt allein aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung zustande¹²⁵. Deshalb soll an dieser Stelle auch nur die Aufzählung der wichtigsten Gesichtspunkte erfolgen. In Betracht fallen namentlich die Wahrscheinlichkeit des Erfolges oder die Nähe der Gefahr¹²⁶, der Wert der bedrohten Güter¹²⁷, die Zumutbarkeit von Vorkehrungen zur Verhinderung von Schäden¹²⁸, die Unvermeidbarkeit von Gefährdungen nach technischen und wirtschaftli-

¹²⁰ Vgl. insbes. die dt. Literatur, wo die Adäquanz nicht als eigenständige Haftungsvoraussetzung betrachtet wird: Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 118f.: Sein Adäquanzbegriff deckt sich mit der Beurteilung der Voraussehbarkeit der Gefahr nach der inneren Sorgfalt im Höchstmass (vgl. dazu vorne S. 87); Larenz II S. 609; Esser II S. 472; Guhl S. 62: «... wenn ein Dritter nach allgemeiner Lebenserfahrung und bei Kenntnis aller Umstände die Möglichkeit des Schadenseintrittes hätte voraussehen können.»

¹²¹ Vgl. auch vorne S. 26f.: Ablehnung der Adäquanz als eigenständige Haftungsvoraussetzung bei der Verschuldenshaftung.

¹²² Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 226f.

¹²³ Vgl. vorne S. 88 bei N 114.

¹²⁴ Larenz II S. 609; Deutsch, Haftungsrecht, S. 197.

¹²⁵ Koziol I S. 94; Münzberg S. 259ff.: Das Prinzip der Interessenabwägung stellt er neben das Prinzip der Eignung (S. 144ff.) und das Prinzip des Könnens (S. 191ff.): Diese drei Kriterien sind jedem Rechtswidrigkeitsurteil zugrunde zu legen (S. 141f.).

¹²⁶ Esser II S. 473; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 228, 230.

¹²⁷ Koziol I S. 94.

¹²⁸ Koziol a.a.O.

chen Gegebenheiten¹²⁹ und das Interesse an der Ausführung der gefährlichen Handlung¹³⁰. Besonders im Bereich der Gefährdungshaftungen zeigt es sich, dass auch der Gesetzgeber diesen Gedanken folgt: Das Autofahren wird trotz seiner grossen Eignung, Schäden zu verursachen, nicht verboten.

C) Verletzung von Verhaltensnormen und Sorgfaltsverletzung

Anders als bei den Gefährdungsnormen, die nur dann als verletzt zu betrachten sind und somit die Widerrechtlichkeit begründen, wenn auch die innere Sorgfalt im Höchstmass bezüglich der Gefährdung ausser acht gelassen wurde, so scheint grundsätzlich jede Nichtbeachtung einer Verhaltensvorschrift, die dem Schutz von bestimmten Rechtsgütern dient, rechtswidrig zu sein¹³¹.

Allerdings können Situationen auftauchen, wo ein Abweichen von Verhaltensvorschriften zur Vermeidung von Rechtsgutverletzungen nicht nur toleriert, sondern geradezu geboten wird: Man denke an die Abnormität äusserer Umstände, wo die Befolgung des Verhaltensbefehls den Normzweck¹³² nicht erreichen liesse¹³³. In solchen Fällen hat die an sich starre, eine abstrakte Gefährdung verbietende Verhaltensnorm zurückzutreten¹³⁴. An ihre Stelle tritt sodann das jeweils der neuen Situation angepasste sachgemässe Verhalten. Der Verkehrsteilnehmer hat also seine Aufmerksamkeit nicht nur auf die Verhaltensbefehle zu richten, sondern muss darüber hinaus den veränderten tatsächlichen Verhältnissen stets Rechnung tragen.

a) *Bezugspunkt der Sorgfalt*

Die Aussage, dass das Handeln dann als äusserlich sorgfältig erscheint, wenn die Verhaltensvorschriften befolgt werden¹³⁵, hat in jenen Fällen Gültigkeit, wo die äusseren Umstände denjenigen entsprechen, die der Gesetzgeber beim Erlass der Norm ins Auge fasste. Denn jede Verhaltensnorm setzt für ihr Eingreifen nicht genannte Normalumstände voraus¹³⁶.

¹²⁹ Larenz II S. 610.

¹³⁰ Koziol a.a.O.; vgl. auch Furgler S. 120ff., der die einzelnen Kriterien im Zusammenhang mit der Verkehrssicherungspflicht herausarbeitet.

¹³¹ BGE 88 II 280, 90 II 279, 91 II 405, 95 III 91, 105 II 212.

¹³² Der Normzweck besteht hier in der Verhinderung von Rechtsgutverletzungen.

¹³³ Vgl. auch vorne S. 47.

¹³⁴ Deutsch, Haftungsrecht, S. 48, 52; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 166: «Das geforderte Verhalten wird durch das nach den abweichenden Umständen erforderliche Verhalten ersetzt.»

¹³⁵ So etwa Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 94, 189; Deutsch, Haftungsrecht, S. 276.

¹³⁶ Deutsch, Haftungsrecht, S. 47.

Bei Vorliegen solcher Umstände erfüllen die Verhaltensnormen denn auch ihren Zweck: Sie regeln die Pflichten der Verkehrsteilnehmer durch ins Detail gehende Rechtsvorschriften nach dem Grundsatz möglichst geringer Gefährdung¹³⁷. Die Sanktionsandrohung, die mit der Übertretung solcher Regeln vielfach verbunden ist, zeigt deutlich, dass bereits ein allgemein gefährliches Verhalten, d.h. die abstrakte Gefährdung verhindert werden soll. Dem einzelnen als Normadressat wird durch die Verhaltensnormen, sei dies in der Form von Geboten oder Verboten¹³⁸, gleichsam ein Pflichtenheft in die Hand gegeben, dessen Befolgung in der Mehrzahl der Fälle auch wirklich dem Rechtsgüterschutz dient.

Droht dem Rechtsgut aber aufgrund abweichender Umstände bei Befolgung der Verhaltensregel eine konkrete Gefahr, die mit der nötigen Sorgfalt auch zu erkennen ist, so kann der Einwand, normgemäss gehandelt zu haben, nicht vom Vorwurf der Rechtswidrigkeit befreien¹³⁹. Vielmehr muss sich die Sorgfalt solchenfalls auf das gefährdete Rechtsgut selbst ausrichten, und das Verhalten beurteilt sich wieder wie bei der gefährdungsbezogenen Rechtswidrigkeit: Widerrechtlich handelt derjenige, der mit der Sorgfalt einer Idealperson an seiner Stelle den vermeidbaren Erfolg hätte voraussehen können. Gleiches gilt auch für die Fälle, wo nicht die besonderen Umstände des Einzelfalles ein Abgehen vom Normbefehl erfordern, sondern wo die Normen selbst bei normalen Umständen im Hinblick auf den Zweck der Gefahreinschränkung abwegig sind, so dass das gebotene oder gestattete Verhalten hinter der äusseren Sorgfalt gegenüber dem Rechtsgut zurücksteht¹⁴⁰. Ebenso weist auch Oftinger, allerdings im Zusammenhang mit dem Verschulden, darauf hin, dass weder die Missachtung von Strassenverkehrsvorschriften generell fahrlässig ist, noch die Einhaltung solcher Regeln das Fehlen zivilrechtlicher Fahrlässigkeit beweist, «weil die Umstände ein Mehreres an Sorgfalt erheischen können»¹⁴¹. Ist mit der inneren Sorgfalt im Höchstmass erkennbar, dass das an sich vorgeschriebene oder erlaubte Verhalten nicht oder nur ungenügend geeignet ist, eine konkrete Rechtsgütergefährdung zu vermeiden, so hat die betreffende Verhaltensnorm zu weichen, und an ihre Stelle tritt die Gefährdungsnorm, die sich immer am Rechtsgut selbst orientiert und deren

¹³⁷ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 159.

¹³⁸ Zum Verhältnis von Gebots- und Verbotsnorm zur Steuerung des Verhaltens vgl. Deutsch, Haftungsrecht, S. 47.

¹³⁹ Vgl. dazu die Kritik Wiethölters am Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, insbes. S. 9ff.; Deutsch, Haftungsrecht, S. 199.

¹⁴⁰ Vgl. auch Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 157ff. (Verhaltensregeln und Sorgfalt), insbes. S. 166ff. und S. 284ff. (Zusammentreffen der Rechtswidrigkeitsarten), insbes. S. 290ff.

¹⁴¹ Oftinger I S. 149f.; ebenso Bockelmann für das Strafrecht, NJW 1960, S. 1281f., S. 1283.

Schutz beabsichtigt¹⁴². Es handelt beispielsweise der Automobilist, der auf einem mit 60 km/Std. markierten Strassenabschnitt mit dieser Höchstgeschwindigkeit in eine enge Kurve fährt und damit das Leben seiner Beifahrer gefährdet, widerrechtlich, obwohl er die markierte Geschwindigkeit nicht überschritten hat: Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens ergibt sich in diesem Fall aus dem Verstoß gegen die allgemeine Gefährdungsnorm in Art. 26 Abs. 1 SVG¹⁴³, die das konkret gefährliche Verhalten verbietet¹⁴⁴.

Diese Überlegungen zeigen, dass letztlich nicht die Verletzung der Verhaltensnorm die Widerrechtlichkeit begründet, sondern wie bei den Gefährdungsnormen stets die Verletzung der Sorgfalt im Höchstmass. Diese hat sich zwar primär auf das Erkennen und Befolgen der Normbefehle zu richten, muss sekundär aber immer auch die betreffende Situation und eine damit verbundene konkrete Gefährdung des Rechtsguts berücksichtigen und die zu deren Schutz notwendigen Vorkehrungen ins Auge fassen. Ob das Verhalten sorgfältig war, wird nicht an der Befolgung der Verhaltensnorm beurteilt, sondern daran, ob es keine konkrete Gefährdung für ein Rechtsgut darstellte. Die Verhaltensregeln können nur einen ersten Anhalt für die Bestimmung der Sorgfalt geben¹⁴⁵. Im übrigen aber ist das sachgemässe Verhalten, die äussere Sorgfalt gegenüber einem Rechtsgut, unabhängig von diesen Verhaltensnormen der Verkehrsordnungen festzulegen. Das Einhalten dieser Regeln schliesst daher grundsätzlich eine gefährdungsbezogene Rechtswidrigkeit nicht aus¹⁴⁶.

b) Erkennbarkeit der Verhaltensnorm als Voraussetzung der Rechtswidrigkeit

Ergibt sich die Rechtswidrigkeit nicht ohne weiteres aus der Verletzung einer Verhaltensnorm, sondern erst dann, wenn auch die objektive Sorgfalt – die innere Sorgfalt im Höchstmass –, die ausser auf den Verhaltensbefehl ebenso auf das gefährdete Rechtsgut ausgerichtet sein muss, ausser acht

¹⁴² Deutsch, *Fahrlässigkeit*, S. 169: «Im Strassenverkehr ist es ständig erforderlich zu prüfen, ob die ein bestimmtes Verhalten zulassenden Regeln nicht von dem Grundsatz verdrängt werden: handle so, dass 'nichts passiert'»; Bockelmann, *NJW* 1960, S. 1282.

¹⁴³ Vgl. vorne S. 85 bei N 95.

¹⁴⁴ Ebenso Ennecerus/Nipperdey S. 1282 N 19; May, *NJW* 1958, S. 1264; a.M. Deutsch, *Fahrlässigkeit*, S. 290, 293 und 166f., wo er auch auf die Rechtsprechung verweist, die eine Korrektur von abwegigen Verhaltensnormen aus § 1 StVO, der Art. 26 Abs. 1 SVG entspricht, nicht als zulässig erachtet (BGHZ 7, 51, 61). Allerdings betrachtet er in casu das Verhalten im Hinblick auf den absoluten Schutz der Rechtsgüter in § 823 Abs. 1 BGB ebenfalls als rechtswidrig: S. 296, S. 297: «Eine Handlung ist rechtswidrig, wenn sie einer Verhaltensnorm i.e.S., ..., widerspricht, oder wenn sie den Eingriff in ein absolutes Recht oder absolut geschütztes Rechtsgut unmittelbar bevorstehend erscheinen lässt.» (Idealkonkurrenz zwischen handlungs- und rechtsgutsbezogener Rechtswidrigkeit.)

¹⁴⁵ Deutsch, *Fahrlässigkeit*, S. 170f.

¹⁴⁶ Deutsch, a.a.O. S. 409, vgl. auch S. 296f. (zit. in N 144).

gelassen wurde, so ist folgerichtig für die Rechtswidrigkeit auch eine objektive Erkennbarkeit der Verhaltensnorm zu fordern. Bereits bei den Ausführungen zur inneren Sorgfalt wurde auf die Voraussehbarkeit als Voraussetzung jeder Sorgfaltsverletzung hingewiesen¹⁴⁷.

Folgendes Beispiel ist in diesem Zusammenhang in der Literatur mehrfach angeführt worden: Handelt ein Autofahrer, der ein von einem verbotswidrig parkenden Lastwagen verdecktes Stop-Schild überfährt, rechtswidrig¹⁴⁸? Nur dann, wenn man davon ausgeht, dass die Verhaltensnormen absolute Geltung beanspruchen, begründet das reine Handeln gegen die Norm nach der formalen Definition die Rechtswidrigkeit. Durch die Nicht-Erkennbarkeit der Existenz einer Norm im konkreten Fall wird denn auch der Normverstoss nicht beseitigt¹⁴⁹. Die Argumente, die dieser Ansicht zugrunde gelegt werden, sind insbesondere der Vertrauensschutz im Strassenverkehr, wonach ein Dritter mit dem normgemässen Verhalten anderer Verkehrsteilnehmer rechnen darf¹⁵⁰, und der Hinweis, dass für die Frage der Notwehrmöglichkeit die Annahme der Rechtswidrigkeit auch bei nicht erkennbaren Normbefehlen von Bedeutung sei¹⁵¹. Jene Argumente werden allerdings in ihrer Gewichtigkeit überlagert vom Gedanken, dass die Rechtswidrigkeit immer bereits im Zeitpunkt des Handelns feststellbar sein muss¹⁵². Diese Forderung, die sich aus der Verhaltensunrechtslehre herleiten lässt¹⁵³, geht auf die Idee zurück, dass mit den Verhaltensregeln der einzelne eine Richtschnur dafür erhält, ob er rechtmässig oder rechtswidrig handelt. Nur wenn diese Vorschriften aber auch in concreto erkennbar sind, kann dem ihnen Zuwiderhandelnden vorgehalten werden, er habe sich widerrechtlich verhalten. Folgende Abwandlung des Beispiels mit dem verdeckten Schild möge das verdeutlichen: Wie verhält es sich in solchen Fällen, wo das Schild über Nacht von einer nicht dafür zuständigen Person verhüllt wurde oder wo ein Automobilist die Tafel gar umgefahren hatte? Wenn wie hier das Schild nicht nur vom Platz des Handelnden aus, sondern ganz generell nicht erkennbar ist, würde eine Bejahung der Rechtswidrigkeit wohl mehrheitlich abgelehnt. Nichts anderes kann aber für jene Situationen gelten, bei denen der Verhaltensbefehl nur für den Handelnden nicht zu erkennen ist. Bei der Erkennbarkeit wird ja nicht auf den Normadressaten persönlich oder auf einen typischen Vertreter seiner

¹⁴⁷ Vgl. vorne S. 49f.

¹⁴⁸ Esser II S. 488; Koziol II S. 108; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 215.

¹⁴⁹ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 215: «Die Geltung des Gesetzes ist nicht davon abhängig, ob ein idealer Normadressat vom Platz des Handelnden aus oder ein ordentlicher Kraftfahrer seine Anordnung erkannt hätte.»

¹⁵⁰ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 215; Deutsch, Haftungsrecht, S. 54, 196.

¹⁵¹ Koziol II S. 108; Deutsch, Haftungsrecht, S. 54; zu den Voraussetzungen des defensiven Rechtsschutzes vgl. hinten S. 97ff.

¹⁵² Koziol I S. 91; vgl. auch vorne S. 82.

¹⁵³ Vgl. vorne S. 31 N 66.

Gruppe abgestellt, sondern die Frage lautet dahin, ob ein einsichtiger Mensch überhaupt die Norm hätte erkennen und befolgen können¹⁵⁴. Die für die Rechtswidrigkeit bedeutsame Sorgfaltsverletzung ist somit wie bei der gefährdungsbezogenen Rechtswidrigkeit in sehr starkem Masse objektiviert: Es wird ein menschenmögliches Erkennen-Können aus der Sicht des Handelnden gefordert.

D) Verletzung der inneren Sorgfalt im Höchstmass als Voraussetzung der Rechtswidrigkeit

An dieser Stelle können jetzt auch die eingangs zu den Betrachtungen bezüglich «Sorgfalt und Rechtswidrigkeit» gestellten Fragen beantwortet werden¹⁵⁵. Jede Art von Rechtswidrigkeit – sowohl die verhaltensbezogene wie die gefährdungsbezogene – ist abhängig von einer Sorgfaltsverletzung. Im Gegensatz zum Verschulden, das das Täterverhalten am Standardmass der Sorgfalt misst, ist für das Widerrechtlichkeitsurteil das Höchstmass der Sorgfalt konstituierend. Und zwar muss neben der Verletzung der äusseren Sorgfalt auch jene der inneren Sorgfalt im Höchstmass verlangt werden: Sowohl die Erkennbarkeit der Gefahr bei der gefährdungsbezogenen wie auch die Erkennbarkeit der Verhaltensbefehle bei der verhaltensbezogenen Rechtswidrigkeit werden nach dem Erkennen-Können eines Einsichtigen vom Standpunkt des Täters aus beurteilt. Würde hingegen allein auf die äussere Sorgfalt im Höchstmass, auf das äussere beobachtbare Verhalten, abgestellt, so liesse sich zwangsläufig die Frage der Widerrechtlichkeit losgelöst vom Handelnden beantworten, da das sachgemässe Verhalten nicht aus der Sicht des Täters, sondern vom Standpunkt eines Dritten oder des Gefährdeten aus gestellt und beurteilt wird¹⁵⁶. Dies hätte zur Folge, dass in bestimmten Fällen ein Verhalten als rechtswidrig zu bezeichnen wäre, obschon es sich nur einer vom Handelnden verschiedenen Person als verboten offenbart, was dem Postulat, die Gebote und Verbote müssten in ihrer Funktion als Verhaltensrichtschnur in erster Linie dem Täter erkennbar sein, zuwiderliefe¹⁵⁷.

¹⁵⁴ So auch Esser II S. 488: Der das Verkehrsschild nicht beachtende Autofahrer handelt dann nicht widerrechtlich, «wenn und weil niemand an seiner Stelle anders hätte handeln können»; anders wohl Wiethölter, der sich in dieser Frage auf das Standardmass der Sorgfalt (personale Sorgfalt) bezieht: S. 9: Die verkehrserforderliche Sorgfalt bestimmt die Abgrenzung von Recht und Unrecht.

¹⁵⁵ Vgl. vorne S. 81f.

¹⁵⁶ Vgl. die Ausführungen zum sachgemässen Verhalten vorne S. 46f.

¹⁵⁷ Die hier getroffenen Schlussfolgerungen weichen von der Ansicht Larenz' ab, da er die Beurteilung der Rechtswidrigkeit einzig auf die äussere Sorgfalt abstellt: Larenz I S. 268; Larenz II S. 610f.; vgl. auch vorne S. 80.

III. Sorgfalt und defensiver Rechtsschutz

1. Funktion des defensiven Rechtsschutzes

Rechtsschutz erfahren die rechtlich anerkannten Interessen auf zwei Stufen: Nach einer Schadenszufügung kommen als nachtatlicher Ausgleich Schadenersatz und Genugtuung in Frage, während vor der Tat die Abwehrbefugnisse des in seinem Rechtsgüterbestand Bedrohten einsetzen. Die Ausgleichsfunktion des Schadenersatzes kann als repressiv-restituierender Schutz bezeichnet werden, die Abwehrbefugnisse vor der Tat als defensiver Rechtsschutz¹⁵⁸ oder negatorischer Schutz¹⁵⁹.

Der defensive Rechtsschutz umfasst einerseits die Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche, die unter Anrufung des Richters geltend zu machen sind. Andererseits wird diese Verteidigung durch das Gericht mit Massnahmen des Selbstschutzes ergänzt: Der gegenwärtigen Rechtsgütergefährdung in einer Notwehr- oder Notstandssituation darf sich jeder selbst erwehren¹⁶⁰.

Während man beim nachtatlichen Schadensausgleich gemäss Art. 41ff. OR, wo es um die Abwälzung von Schäden geht, die Ersatzpflicht dem Täter erst bei rechtswidrig-schuldhaftem Verhalten zuzurechnen pflegt, weil dies eine sinnvolle Abwehrlinie der Rechtsordnung gegen menschliche Unrechtshandlungen schafft, so handelt es sich bei allen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen um eine Vorverlegung der Verteidigungslinie in der Rechtsordnung¹⁶¹: Der defensive Rechtsschutz setzt bereits bei auch nicht-schuldhaftem Verhalten ein. Rechtspolitisch ist die Belastung des nicht-schuldhaften Verhaltens mit Unterlassungs- und Beseitigungssanktionen gerechtfertigt, weil diese ungleich geringer ist als die Auferlegung von Schadenersatzpflichten¹⁶². Auch kann der Gedanke des Rechtsgüterschutzes, aus dem heraus sich das ganze Haftpflichtrecht herleiten lässt, nur dann konsequent verwirklicht werden, wenn dem Bedrohten die Möglichkeit offen steht, ein nicht tolerierbares gefährliches Verhalten abzuwehren, bevor es zu einer Schädigung kommt, ungeachtet der Tatsache, dass im speziellen Fall den Handelnden eventuell gar kein Verschulden trifft. Die einzige Voraussetzung, dass eine Notwehrhandlung gerechtfertigt erscheint oder dass ein Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch gegeben ist, bildet

¹⁵⁸ Vgl. Deutsch, Haftungsrecht, S. 57ff.; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 90.

¹⁵⁹ Vgl. Wiethölter S. 54.

¹⁶⁰ Vgl. dazu vorne S. 73 N 14, 15.

¹⁶¹ Wiethölter S. 55.

¹⁶² Wiethölter a.a.O. verweist auf ein Kaninchen-Beispiel: Die Pflicht zur Instandsetzung von Zaun und Stall ist weniger streng als die Pflicht zur Ersatzleistung für vernichtete Pflanzen und entgangenen Gewinn.

nach herrschender Lehre die Gefährdung eines Rechtsgutes durch einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff¹⁶³ bzw. die bevorstehende oder fortdauernde widerrechtliche Verletzung eines persönlichen Verhältnisses¹⁶⁴. Ob dabei der Widerrechtlichkeitsbegriff des Schadenersatzrechtes im Gebiet des defensiven Rechtsschutzes gleichermassen Anwendung findet, wie dies z.B. Tuor/Schnyder fordern¹⁶⁵, oder ob nicht eine andere als die hier im Zusammenhang mit der Sorgfalt entwickelte Rechtswidrigkeit als Voraussetzung des defensiven Rechtsschutzes herangezogen werden muss, bedarf einer genaueren Untersuchung.

2. Defensiver Rechtsschutz und Sorgfaltsverletzung

A) Defensiver Rechtsschutz und Verletzung der inneren Sorgfalt im Höchstmass

Der defensive oder negatorische Rechtsschutz wird regelmässig als Abwehr rechtswidriger Angriffe charakterisiert¹⁶⁶. Beim repressiven Rechtsschutz des Schadenersatzrechtes hat sich die gefährdungs- und ebenso die verhaltensbezogene Rechtswidrigkeit als bedingt durch die Verletzung auch der inneren Sorgfalt im Höchstmass erwiesen. Dies bewirkt, dass nicht bereits ein vom Standpunkt eines Dritten aus als unsachgemäss zu wertendes Verhalten – die Verletzung der äusseren Sorgfalt im Höchstmass – die Widerrechtlichkeit begründet, sondern dass diese von der Erkennbarkeit einer Gefährdung oder einer Normverletzung abhängig gemacht wird.

Zweck des defensiven Rechtsschutzes ist die Abwehr solcher bevorstehender Rechtsgutverletzungen, die der Bedrohte nicht zu dulden braucht¹⁶⁷. Dabei kann es sich auch um ein Verhalten handeln, das nicht gegen die innere Sorgfalt verstösst und das somit, wäre es im Hinblick auf einen Schadenersatzanspruch zu beurteilen, sich nicht als rechtswidrig erwiese. Allgemein wird denn auch anerkannt, dass ebenfalls sorgfältiges Verhalten mit Sanktionen des negatorischen Rechtsschutzes belastet ist¹⁶⁸. Die

¹⁶³ Guhl S. 174; Keller/Landmann Tafeln 47f.

¹⁶⁴ Tuor/Schnyder S. 83f. zu Art. 28 Abs. 1 ZGB (alte Fassung); vgl. auch BBl 1982 II 655ff., S. 659 zu Art. 28 und Art. 28 lit. a ZGB (Fassung vom 16.12.1983).

¹⁶⁵ Tuor/Schnyder S. 84, in Anlehnung an ein Urteil des Bundesgerichts, zu Art. 28 Abs. 1 ZGB (alte Fassung): «'Unbefugt' heisst nichts anderes als widerrechtlich im Sinne von Art. 41 OR (97 II 103).»

¹⁶⁶ Vgl. vorne N 163, 164.

¹⁶⁷ Ennecerus/Nipperdey S. 1297ff.; Esser I, 5. Aufl., Bd. 2, S. 19.

¹⁶⁸ Vgl. Wiethölter S. 55; Larenz II S. 609; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 282. Es ist zu beachten, dass mit dem gemeinhin als «sorgfältig» bezeichneten Verhalten auf die innere Sorgfalt Bezug genommen wird.

Funktion der Prüfung einer Sorgfaltsverletzung besteht einzig darin, Schadenersatzpflichten fernzuhalten, nicht aber soll dadurch der Gefährdete wehrlos gestellt werden¹⁶⁹.

Dies hat zur Folge, dass entweder die Rechtswidrigkeit als Voraussetzung des defensiven Rechtsschutzes anders umschrieben werden muss, oder dass das Merkmal der Rechtswidrigkeit in diesem Zusammenhang überhaupt nicht von Bedeutung ist. Letztere Auffassung vertritt Koziol, der die Zulässigkeit der Abwehr eines Angriffes immer von einer Interessenabwägung abhängig macht, so dass die Abwehr eines auch nicht rechtswidrigen Angriffes dann erlaubt ist, «wenn die Interessen des Angegriffenen jene des nicht rechtswidrig handelnden Angreifers überwiegen»¹⁷⁰. Wird hingegen an der «Rechtswidrigkeit» als Voraussetzung des negatorischen Schutzes festgehalten, so hat man sich bewusst zu sein, dass dieser Ausdruck im Schadenersatzrecht ein Unrechtsurteil über das menschliche Verhalten darstellt, während die «Rechtswidrigkeit» beim defensiven Rechtsschutz erfolgsbezogen zu deuten ist, da hier die Duldungspflicht einer drohenden Rechtsgutverletzung zur Diskussion steht. Es geht zudem nicht allein um rechtlich bewertbare Handlungen, sondern generell um von Menschen zu vertretende Störungen, die keine Handlungen voraussetzen brauchen¹⁷¹. In diesem Sinne bemerkt auch Esser treffend: «Ob ich mich gegen das Verhalten eines anderen gewaltsam zur Wehr setzen darf, ist heute eine ganz andere Frage als die, ob er mir für die Folgen seines Verhaltens Schadenersatz zu leisten hat.»¹⁷²

Ausgehend vom erfolgsbezogenen Widerrechtlichkeitsbegriff beim negatorischen Rechtsschutz, sah man sich verschiedentlich zur Annahme derselben Struktur auch für die unerlaubten Handlungen genötigt, um den Zusammenhang der beiden Regelungen, die das Gesetz vor Augen hatte, zu wahren¹⁷³. Rechtswidrig ist nach jener Lehre bei unmittelbaren Gefährdungen das Bestehen des Eingriffs, unabhängig von einer Sorgfaltsverletzung¹⁷⁴.

¹⁶⁹ Esser I, 5. Aufl., Bd. 2, S. 19.

¹⁷⁰ Koziol I S. 106; auch Münzberg macht die Abwehr von nicht rechtswidrigem Verhalten von einer Interessenabwägung abhängig; S. 368 ff., bezüglich Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch: S. 381.

¹⁷¹ Wiethölter S. 54; Ennecerus/Nipperdey S. 1298.

¹⁷² Esser II S. 472.

¹⁷³ Larenz II S. 609; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 226.

¹⁷⁴ Vgl. die Kritik an dieser Lehre vorne S. 88 f.; Larenz II S. 610; Deutsch, Haftungsrecht, S. 197; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 91 f., 226: «Nur wenn bereits das Bestehen des Eingriffs die Widerrechtlichkeit begründet, liegt den Abwehr- und den Ausgleichsansprüchen derselbe rechtsgutsbezogene Rechtswidrigkeitsbegriff zugrunde.»

B) Defensiver Rechtsschutz und Verletzung der äusseren Sorgfalt im Höchstmass

Da der defensive Rechtsschutz auf die Integrität und den Weiterbestand der Rechtsgüter ausgerichtet ist, hat er das unmittelbare Bevorstehen oder das Fortwirken eines Eingriffs zum Ausgangspunkt¹⁷⁵. Durch ihn kann ein sorgfaltswidriges oder auch ein innerlich sorgfältiges Verhalten unterbunden werden. Nicht entscheidend ist die Beurteilung der Handlung aus der Sicht des Täters, vielmehr ist immer vom Standpunkt des Bedrohten aus zu entscheiden, ob die Gefährdung geduldet werden muss oder ob diese generell oder nur in der vorliegenden Intensität unzulässig ist und sich der Bedrohte zur Wehr setzen darf¹⁷⁶.

Die Rechtmässigkeit einer Gefährdung wird hier also grundsätzlich anders beurteilt, als wenn es um die Auferlegung von Schadenersatzpflichten geht. Was dort verneint wurde, findet da Anwendung: Das Rechtswidrigkeitsurteil wird erfolgsbezogen und nicht verhaltensbezogen gefällt¹⁷⁷. Das heisst: Rechtswidrig im Sinne des defensiven Rechtsschutzes ist die Gefährdung immer dann, wenn sie der Betroffene nicht zu tolerieren braucht.

Die Beurteilung der Rechtswidrigkeit für die Abwehrbefugnisse deckt sich insofern mit der Beurteilung einer Handlung unter dem Sorgfaltsgeichtspunkt, als auch die äussere Sorgfalt im Höchstmass vom Standpunkt des Betroffenen oder eines Dritten aus festgestellt wird: Als äusserlich sorgfältig hat jenes Verhalten zu gelten, welches eine Gefährdung für ein Rechtsgut vermeidet oder in einer zugelassenen Gefahrenlage den Handlungsablauf richtig steuert¹⁷⁸. Neben dem übereinstimmenden Standpunkt ist zudem das Wertungsobjekt dasselbe: Auch das Urteil über die äussere Sorgfalt stellt auf den Erfolg bzw. auf dessen Bevorstehen ab und bezieht allenfalls beim Täter vorhandene Rechtfertigungsgründe in die Wertung mit ein. Die Parallelität der Voraussetzungen des defensiven Rechtsschutzes und der Verletzung der äusseren Sorgfalt hinsichtlich Standort der Beurteilung und Wertungsobjekt lassen die Folgerung zu, dass die Abwehrbefugnis immer dann gegeben ist, sobald die äussere Sorgfalt im Höchstmass ausser acht gelassen wird. Diese Komponente der Sorgfalt erhält somit im Gebiet des defensiven Rechtsschutzes eine eigenständige Funktion: Während für Schadenersatzansprüche die Rechtswidrigkeit der Handlung immer erst

¹⁷⁵ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 215.

¹⁷⁶ Eine Duldungspflicht auf Seite des Bedrohten muss dann angenommen werden, wenn der Handelnde sich auf Rechtfertigungsgründe berufen kann; vgl. dazu Keller/Landmann Tafeln 46a/46b.

¹⁷⁷ Vgl. vorne S. 31f.

¹⁷⁸ Vgl. vorne S. 46f.

dann vorliegt, wenn bei einem äusserlich unsorgfältigen Verhalten auch gegen die innere Sorgfalt im Höchstmass verstossen wurde, so wird für den negatorischen Rechtsschutz die Rechtswidrigkeit allein durch die Verletzung der äusseren Sorgfalt begründet.

Es zeigt sich, dass wegen der Verschiedenartigkeit der Voraussetzungen für den defensiven und repressiven Rechtsschutz der Rechtswidrigkeitsbegriff, wie er im Schadenersatzrecht zur Anwendung gelangt, beim defensiven Rechtsschutz durch einen anderen abgelöst wird¹⁷⁹. Hier auf die Rechtswidrigkeit als eigenständige Rechtsfolgevoraussetzung verzichten zu wollen, ist aber aus formallogischen Gründen¹⁸⁰ nicht erforderlich. Vielmehr gebietet die Tatsache, dass dem sich einem Rechtsgut gefährlich Nähernden Rechtfertigungsgründe zur Seite stehen können, eine Beurteilung der Gefährdung unter dem Aspekt der Widerrechtlichkeit.

§ 3 Einordnung der Sorgfaltspflicht bei der Rechtswidrigkeit und Auswirkung auf den Fahrlässigkeitsbegriff

I. Voraussetzung einer Entleerung der Verschuldensstufe

Die Einordnungsproblematik übt einen Einfluss auf den Inhalt des Fahrlässigkeitsbegriffs aus, je nachdem, welcher Sorgfaltsbegriff der Rechtswidrigkeitsebene zugeordnet wird¹⁸¹. Es liegt nahe, die nicht der Rechtswidrigkeit zugewiesenen Sorgfaltsstufen bei der Fahrlässigkeit zu belassen. Gegenüber dem Höchstmass äusserer Sorgfalt bei der Widerrechtlichkeit könnte die innere Sorgfalt im Höchstmass und das Standardmass beider Formen, gegenüber dem Höchstmass äusserer und innerer Sorgfalt das nach dem Standard der Verkehrskreise herabgesetzte Mass bei der Fahrlässigkeit eingereiht werden. Wird aber bereits die Verletzung der nach dem Standard

¹⁷⁹ So auch Schmidt, NJW 1958, S. 488f.; im Ergebnis gleich: Wiethölter S. 54f., er spricht von unterschiedlichem Unrecht; vgl. auch Zeuner, Rechtswidrigkeit, S. 42, 45: Er weist auf die zwei verschiedenen Falltypen der «Rechtswidrigkeit» hin.

¹⁸⁰ Die oft postulierte Einheit des Zivilrechts kann nicht die Anwendung des in einem Regelungsbereich herausgearbeiteten Widerrechtlichkeitsbegriffs auch auf andern Gebieten verlangen. Ebenso wenig kommt z.B. bei der Prüfung des Verschuldens nur ein einziger Verschuldensbegriff zur Anwendung.

¹⁸¹ Vgl. zur ganzen Problematik auch Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 185ff.

des Verkehrskreises geforderten Sorgfalt zu den Unrechtsvoraussetzungen gezählt, so liegt der Schluss nahe, von einer Entleerung der Verschuldensstufe zu sprechen. Im Verschulden bliebe sodann – immer vorausgesetzt, man bekennt sich grundsätzlich zum objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff¹⁸² – nur noch die Frage nach der Urteilsfähigkeit zurück, als sog. subjektive Seite des Verschuldens. Alle andern Aspekte, insbesondere alle Sorgfaltsstufen, müssten bereits bei der Rechtswidrigkeit beleuchtet werden¹⁸³.

Eine solche Einordnung der personalen Sorgfaltsverletzung würde die Neigung zum subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff verstärken, zumal damit das Verschulden als eigenständige, über die Rechtswidrigkeit hinausgehende Voraussetzung die Haftung noch erkennbar einzuschränken imstande wäre. So gelangt auch Nipperdey¹⁸⁴, der die Auffassung vertritt, die verkehrserforderliche Sorgfalt handle von der Rechtswidrigkeit bei nicht vorsätzlichen Handlungen und der objektive Fahrlässigkeitsbegriff decke sich bei den Fahrlässigkeitstaten mit der Rechtswidrigkeit, zur Ansicht, die Fahrlässigkeitsvorstellung der subjektiven Theorie habe somit ihre Richtigkeit erwiesen¹⁸⁵. Wie Nipperdey betrachtet auch Wiethölter¹⁸⁶ die Missachtung der verkehrserforderlichen Sorgfalt als ein vorschuldliches Element, das er auf der Stufe des Tatbestandes angesiedelt wissen will¹⁸⁷. Allerdings folgert er daraus nicht die Geltung des subjektiven Verschuldensbegriffs. Vielmehr sieht er die Fahrlässigkeitshaftung als eine von einem Schuldvorwurf unabhängige Verantwortlichkeit an¹⁸⁸.

Die verkehrserforderliche Sorgfalt, so wie diese auch Nipperdey und Wiethölter verstehen, nämlich als typisierte, auf die einzelnen Verkehrskreise abgestimmte Sorgfalt, bei der Rechtswidrigkeit einzuordnen, muss aus praktischen Gründen abgelehnt werden: Die Normbefehle würden wenig zweckmässig eingeschränkt, da je nach Gruppenzugehörigkeit des Handelnden die Norm einmal gelten würde, ein andermal nicht wirksam wäre. Vor allem im Bereich der Verhaltensnormen, die allgemein gehalten sind, erschiene diese Beschränkung der Widerrechtlichkeit durch das Erfordernis verkehrsgemässer Sorgfalt nicht sinnvoll¹⁸⁹.

Es bleibt demzufolge keine andere Wahl, als die Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt als Verschuldenselement zu betrachten, was

¹⁸² Vgl. vorne S. 58ff.

¹⁸³ Anders Deutsch, *Fahrlässigkeit*, S. 187, der die «Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit» und «Unzumutbarkeit sorgfaltsgemässen Verhaltens» immer als Fragen des Verschuldens auflässt.

¹⁸⁴ Vgl. bereits vorne S. 78; beachte auch die dort zitierten Autoren, die ebenfalls die im Verkehr erforderliche Sorgfalt als standardisierte Sorgfalt der Rechtswidrigkeit zuweisen.

¹⁸⁵ Nipperdey S. 1779ff.

¹⁸⁶ Vgl. bereits vorne S. 77.

¹⁸⁷ Wiethölter S. 40f.

¹⁸⁸ Wiethölter S. 51; ebenso Esser I S. 368f.

¹⁸⁹ So auch Deutsch, *Fahrlässigkeit*, S. 190.

sich mit der früheren Aussage deckt, dass im Schadenersatzrecht ein objektivierter Fahrlässigkeitsmassstab zur Anwendung gelangt¹⁹⁰. Wird auf Verschuldensstufe das Standardmass der Sorgfalt zur Beurteilung herangezogen, so schliesst dies nicht aus, auch das Rechtswidrigkeitsurteil von einer Sorgfaltsverletzung abhängig zu machen: Für die Widerrechtlichkeit ist die Verletzung der äusseren und inneren Sorgfalt im Höchstmass konstituierend¹⁹¹.

II. *Doppelter Sorgfaltsmassstab*

Die Berücksichtigung der Sorgfalt sowohl auf Stufe der Rechtswidrigkeit wie auch auf Stufe des Verschuldens führt zum sog. «doppelten Sorgfaltsmassstab»¹⁹². Zurückzuführen ist diese zweifache Sorgfaltsprüfung auf die Verhaltensunrechtslehre, die im Gegensatz zur Erfolgsunrechtslehre das Rechtswidrigkeitsurteil an die Handlung und nicht allein an den eingetretenen Erfolg anknüpft. Soll aber das Verhalten Grundlage für die Bewertung bilden, so kann dies vernünftigerweise nur unter dem Sorgfaltsaspekt geschehen.

Der «doppelte» steht begrifflich dem «einheitlichen Sorgfaltsmassstab» gegenüber, der die Sorgfaltsverletzung als Rechtsfolgevoraussetzung nur unter einem Gesichtspunkt abklärt. Dies ist dann der Fall, wenn man die Rechtswidrigkeit anders als durch das unsorgfältige Verhalten statuiert oder wenn auf die Verschuldensprüfung verzichtet wird. So gelangt z.B. im Strafrecht, das auf einen subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff abstellt¹⁹³, der einheitliche Sorgfaltsmassstab zur Anwendung, da die herrschende Lehre die Widerrechtlichkeit vorbehaltlich von Rechtfertigungsgründen aus der Tatbestandsmässigkeit folgert¹⁹⁴. Aber auch im Anwendungsbereich des objektivierten Verschuldensbegriffs ist es möglich, einen einheitlichen Sorgfaltsmassstab heranzuziehen: Für all jene Autoren in der Literatur, die die Widerrechtlichkeit mit der Rechtsgutverletzung begründen¹⁹⁵, ist die Sorgfalt einzig beim Verschulden von Bedeutung. Umgekehrt lässt sich bei den Objektivisten auch die Meinung finden, die Sorgfaltsverletzung sei nur bei der Unrechtsprüfung abzuklären, wogegen es auf ein Verschulden gar nicht ankomme¹⁹⁶.

¹⁹⁰ Vgl. vorne S. 61ff.: Gründe für objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff, und S. 81.

¹⁹¹ Vgl. vorne S. 95.

¹⁹² Engisch S. 350; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 128f., 185.

¹⁹³ Vgl. vorne S. 55ff.

¹⁹⁴ Stratenwerth AT S. 117ff., S. 407; Schultz AT S. 144ff., S. 146f.; Noll/Trechsel S. 102f.

¹⁹⁵ Vgl. vorne S. 30f.

¹⁹⁶ Vgl. Wiethölter S. 51; Esser I S. 368f.; vgl. auch vorne bei N 188.

Im Gegensatz zum einheitlichen Sorgfaltsmassstab, der im Hinblick auf die betreffende Person und deren Können aufgestellt oder dem Standard des Verkehrskreises angepasst wird, ist die Sorgfaltsprüfung beim doppelten Massstab zweigeteilt. Unabhängig davon, ob man in der Verschuldenslehre einen subjektiven oder objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff für richtig erachtet – der doppelte Massstab kann bei beiden Lehren zur Anwendung kommen –, ist der erste Teil objektiv, ohne Rücksicht auf die Person des Täters, zu bestimmen. Die Frage der Ausserachtlassung der Sorgfalt muss zunächst an diesem Massstab geprüft werden¹⁹⁷. Ob der Täter bei Bejahung dieser Frage zur Verantwortung gezogen werden darf, hängt nun noch vom zweiten Teil der Prüfung ab: Während bei der Lehre vom subjektiven Verschuldensbegriff die Eigenschaften und Fähigkeiten des Täters selbst den Massstab dafür abgeben¹⁹⁸, so kann in der objektiven Lehre die gänzlich objektive Stufe einer menschenmöglichen Sorgfalt in einem zweiten Schritt auf das Standardmass herabgesetzt werden, das das Können des Täters nicht in allen Einzelheiten, so dennoch nach einigen schematischen Gesichtspunkten als Faktor berücksichtigt¹⁹⁹.

Die Berechtigung der Lehre vom doppelten Massstab ergibt sich aus der Feststellung, dass sich die Erkenntnis auf die tatsächlichen Grundlagen der als bestehend vorausgesetzten Pflicht zur Sorgfalt zwecks Vermeidung einer Rechtsgutverletzung bezieht²⁰⁰, während die standardisierte Fahrlässigkeit die Zurechenbarkeit der Nichterfüllung dieser Pflicht zum Inhalt hat. Der doppelte Sorgfaltsmassstab weist so den Vorzug auf, in der objektiven Sorgfaltspflicht eine Richtschnur für das Verhalten zu besitzen²⁰¹.

Mit dem Heranziehen des Höchstmasses der Sorgfalt auf der Rechtswidrigkeitsstufe und des Standardmasses zur Prüfung des Verschuldens und damit der Zurechenbarkeit der objektiven Sorgfaltspflichtverletzung wird die Idee des doppelten Sorgfaltsmassstabes praktisch verwirklicht. Von einer befürchteten Entleerung der Verschuldensstufe oder einer Übereinstimmung des Fahrlässigkeitsbegriffs mit der Rechtswidrigkeit kann auch bei der objektiven Fahrlässigkeitstheorie keine Rede sein.

¹⁹⁷ Engisch S. 349f.

¹⁹⁸ Vgl. vorne S. 55.

¹⁹⁹ Auf diese Möglichkeit des doppelten Sorgfaltsmassstabes wies bereits Engisch hin: S. 350 N 3; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 128f., 185f.; Esser I, 4. Aufl., S. 245f., wo er noch die Sorgfaltsverletzung sowohl für den Unrechts- wie auch für den Schuldvorwurf berücksichtigte.

²⁰⁰ Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 192; Engisch S. 358.

²⁰¹ Deutsch a.a.O.

§ 4 Verletzung der Sorgfaltspflicht und Vertragsverletzung

I. Vertragsverletzung und Widerrechtlichkeit

Die Anspruchsgrundlage für eine Schadenersatzpflicht im Vertragsrecht ist gegeben, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen²⁰²: Schaden, adäquater Kausalzusammenhang zwischen Schlechterfüllung des Vertrages und eingetretenem Schaden, Verschulden des Ersatzpflichtigen und – anstelle der Widerrechtlichkeit im ausservertraglichen Bereich – die Vertragsverletzung²⁰³.

1. Begriff der Vertragsverletzung in der Literatur

Die «Vertragsverletzung» als Voraussetzung einer Schadenersatzpflicht im vertraglichen Bereich scheint der Parallelbegriff zur «Widerrechtlichkeit» im Deliktsrecht von Art. 41ff. OR zu sein. Ob die Vertragsverletzung einen Unterfall der Rechtswidrigkeit darstellt oder ob das durch diesen Begriff bezeichnete Unrecht von einer anderen Struktur ist und demzufolge auch einen anderen Inhalt aufweist, darüber gibt das Gesetz keine Anhaltspunkte. Der Begriff ist dem OR wie auch dem dt. BGB unbekannt und lebt lediglich im allgemeinen Rechtsbewusstsein²⁰⁴.

Art. 97 OR, als allgemeine Grundnorm der Vertragshaftung, statuiert die Ersatzpflicht vorbehältlich der Exculpation des Schuldners in Abhängigkeit einer Nicht- oder nicht gehörigen Erfüllung²⁰⁵. Auch hier hat es der Gesetzgeber unterlassen zu definieren, was unter den angeführten Erfüllungsstörungen zu verstehen ist. Vielmehr ist es der Lehre und Rechtsprechung anheim gestellt, die Begriffe «Nicht-Erfüllung» oder «nicht gehörige Erfüllung», «Vertragsverletzung» und «Widerrechtlichkeit» gegeneinander abzugrenzen. Wo das Gesetz in einzelnen Fällen im Zusammenhang mit der Haftung des Vertragsschuldners bzw. dem Mass der Haftung die

²⁰² Zu den einzelnen Voraussetzungen vgl. bereits vorne S. 24ff. Die Kritik an der Adäquanz als eigene Haftungsvoraussetzung trifft auch für die Haftung aus Vertrag zu (S. 26f.).

²⁰³ v. Tuhr/Peter S. 406; so auch A. Keller S. 315: «... man kann auch sagen, die Widerrechtlichkeit liege in der Vertragsverletzung, denn der Vertrag schafft ja Rechte zwischen den Parteien.»

²⁰⁴ Bucher S. 298.

²⁰⁵ Art. 97 Abs. 1 OR: «Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.»

Ausdrücke «vertragswidrig»²⁰⁶ und «rechtswidrig»²⁰⁷ verwendet, geschieht dies ohne ersichtlichen inneren Zusammenhang und trägt infolgedessen zur Klarstellung der Begriffsinhalte nichts bei.

Geht man dem Begriff «Vertragsverletzung» im Hinblick auf eine Gleichstellung mit der Rechtswidrigkeit in der Literatur nach, so gelangt man rasch zur Erkenntnis, dass darunter verschiedenes verstanden wird. Wie bei den Schädigungen im ausservertraglichen Bereich die Widerrechtlichkeit entweder vom Erfolg oder von der Handlung her begründet werden kann²⁰⁸, so besteht auch im Vertragsrecht die Möglichkeit, von einer Vertragsverletzung dann zu sprechen, wenn im Rahmen der Vertragsabwicklung ein Schaden durch das Ausbleiben des Erfolges entstanden ist, ungeachtet der Frage, ob eine fehlerhafte Handlung zu ihm führte. Oder aber von der Vertragsverletzung ist erst dann die Rede, wenn eine Handlung, die das Ausbleiben der Erfüllung bewirkte, gegen das vertragsgemässe Verhalten versties. Gestützt auf das Nichteintreten der Erfüllung begründet Guhl die Widerrechtlichkeit im Vertragsrecht: Sie bereitet nach seiner Auffassung keine Schwierigkeiten, da sie in der Tatsache liegt, dass der Schuldner überhaupt nicht erfüllt oder nicht richtig erfüllt hat²⁰⁹. Die so verstandene Rechtswidrigkeit deckt sich mit der Erfolgsunrechtslehre oder der Rechtsgüterverletzungstheorie²¹⁰ im ausservertraglichen Haftpflichtrecht. Bei dieser Betrachtungsweise verliert die Vertragsverletzung oder Widerrechtlichkeit ihre Eigenständigkeit als Haftungsvoraussetzung, da mit dem Eintritt eines durch die Nichterfüllung entstandenen Schadens auf eine Verletzung des Vertrages geschlossen wird. Spricht man hingegen von einer Vertragsverletzung nur dann, wenn der Vertragsschuldner gegen eine ihm obliegende Pflicht verstossen hat, so behält jene Haftungsvoraussetzung eine eigene Funktion. Nicht das Ausbleiben der Leistung und der dadurch verursachte Schaden begründen in diesem Fall die Vertragsverletzung, sondern nur ein schuldnerisches Verhalten, das den aus dem Vertrag entstehenden Pflichten zuwiderläuft. Für Koziol besteht denn auch die Vertragsverletzung im Nichtbeachten von Geboten und Verboten, die sich aus rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen ergeben²¹¹. Ausdrücklich betont er, dass bei «Nichterbringung der vertraglichen Leistung nicht stets davon ausgegangen werden darf, dass der Schuldner rechtswidrig gehandelt hat»²¹².

²⁰⁶ Art. 99 Abs. 3 OR.

²⁰⁷ Art. 98 Abs. 3 OR, Art. 100 Abs. 1 OR.

²⁰⁸ Sog. Erfolgsunrecht (Rechtsgüterverletzungstheorie) bzw. Handlungsunrecht (Normverstosstheorie).

²⁰⁹ Guhl S. 217.

²¹⁰ Vgl. vorne S. 30f.

²¹¹ Koziol I S. 93; Koziol II S. 4.

²¹² Koziol a.a.O.

Vertragsverletzung ist für ihn eine Art von rechtswidrigem Verhalten, die unabhängig vom Nichterbringen der vertraglichen Leistung und somit vom Erfolg bzw. Nichterfolg festzustellen ist. Auch v. Tuhr bezeichnet als Vertragsverletzung jene Gruppe von rechtswidrigen Handlungen – im Gegensatz zu den unerlaubten Handlungen im Sinne der Art. 41ff. OR –, die sich aus der Nichterfüllung von Verpflichtungen aus einem Vertrag ergeben²¹³. Im gleichen Sinn versteht A. Keller die Vertragsverletzung als widerrechtlich²¹⁴. Für Keller/Schöbi ist «Vertragsverletzung» jede Verletzung einer vertraglichen Pflicht sowie jeder Verstoss gegen den Vertragszweck²¹⁵. Allerdings setzen sie den Begriff «Vertragsverletzung» mit jenem der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung gleich²¹⁶, was nicht korrekt ist, da die «Nichterfüllung» begrifflich mit dem Ausbleiben der geschuldeten Leistung gleichzusetzen ist, was nicht immer auf ein vertragswidriges Verhalten zurückgeführt werden kann. Umgekehrt bewirkt auch nicht jeder Verstoss gegen eine durch den Vertrag begründete Pflicht ein Ausbleiben der Erfüllung.

2. Vertragspflichten als Vertragsinhalt

A) Vertragspflichten und Begriff «Vertragsverletzung»

Die Frage, ob im Vertragsrecht ebenso wie im ausservertraglichen Bereich Handlungsunrecht oder aber Erfolgsunrecht gilt, kann über den Gedanken angegangen werden, dass der Vertrag als Obligation zwischen zwei oder mehreren Personen Pflichten für die Vertragsparteien statuiert. Das Charakteristikum aller zweiseitigen Schuldverhältnisse²¹⁷ ist, dass beide Parteien sich dem Kontrahenten gegenüber in irgendeiner Form binden wollen und bei Verletzung der aus dem Vertrag erwachsenden Pflichten gestützt auf Art. 97ff. OR zur Verantwortung gezogen werden können.

a) *Vertragsnorm und Rechtsnorm*

Stellt man die Pflichten des allgemeinen Rechtslebens jenen gegenüber, die dem einzelnen aufgrund seiner vertraglichen Beziehungen erwachsen, so

²¹³ v. Tuhr/Peter S. 406.

²¹⁴ A. Keller S. 315; vgl. vorne N 203.

²¹⁵ Keller I S. 198, 218.

²¹⁶ Keller I S. 198, 217.

²¹⁷ Die zweiseitigen Schuldverhältnisse werden in unvollkommen und vollkommen zweiseitige oder gegenseitige Schuldverhältnisse eingeteilt, je nachdem, ob das eine Subjekt Gläubiger, das andere Schuldner für die Hauptleistung ist, oder ob das Schuldverhältnis den Austausch zweier Leistungen bezweckt; vgl. Guhl S. 20.

kann ein grundsätzlicher Unterschied in ihrem materialen Gehalt nicht festgestellt werden. Vielmehr gelten Pflichten, die eine ausservertragliche Schädigung vermeiden wollen, auch im Vertragsrecht weiter. Der Grundsatz des «neminem laedere», aus dem heraus sich das ganze Haftpflichtrecht ableiten lässt, und der z.B. im Gefahrensatz²¹⁸ eine Konkretisierung dahin erfahren hat, dass, wer einen gefährlichen Zustand schafft, für die nötigen Schutzvorkehrungen Dritter zu sorgen hat, gilt auch im Vertragsrecht. Eine Handlung oder Unterlassung, die bereits nach den Grundsätzen der unerlaubten Handlung verboten oder geboten ist, bildet deshalb auch Gegenstand einer Vertragspflicht²¹⁹. Zu denken ist etwa an den Hinterlegungsvertrag²²⁰, wo dem Aufbewahrer nebst anderen vertragspezifischen Aufgaben die Pflicht erwächst, die Sache des Hinterlegers nicht zu beschädigen, oder an den Vertrag mit dem Arzt über die Operation eines Patienten, der dem Arzt die auch unabhängig von einem Vertrag bestehende Pflicht auferlegt, den Patienten nicht unnötigerweise in seiner körperlichen Integrität zu verletzen. Allerdings bewirkt die Vertragsschliessung vielfach eine Konkretisierung der allgemeinen Pflichten. Beispielsweise geht die vertraglich übernommene Fürsorge in ihrem Umfang meist erheblich über die ausservertragliche hinaus²²¹.

Daneben gibt es andere Pflichten, die nicht als ausservertragliche in einer Vertragsbeziehung weiterleben oder durch diese modifiziert werden, indem sie eine Abschwächung oder Erweiterung erfahren, sondern die überhaupt nur anlässlich des Vertragsschlusses zum Entstehen kommen. Die Nichterfüllung solcher Pflichten kann als «relatives Unrecht» bezeichnet werden, da sie nicht rechtswidrig wäre, wenn nicht der Täter in einem Rechtsverhältnis stünde, das ihm besondere Pflichten gegenüber seinem Gegner auferlegt²²².

Zieht man in Betracht, dass die Vertragsnormen als parteiautonome Vertragsabreden die gleiche Wirkung bezwecken wie die Haftpflichtnormen des ausservertraglichen Rechts, nämlich die Bindung der den Normen unterworfenen Personen an das Gesetz beziehungsweise an den Vertrag²²³, und berücksichtigt man ferner auch, dass sich bestimmte Vertragspflichten – insbesondere was die Nebenpflichten anbelangt – mit den allgemeinen Geboten und Verboten decken, so lässt sich mit gutem Grund die Aussage vertreten, die Vertragsverletzung stehe auf gleicher Stufe wie das Zuwider-

²¹⁸ Vgl. dazu vorne S. 32ff.

²¹⁹ Vgl. auch die Schrift von Ebbecke «Verpflichtungen aus unerlaubten Handlungen im Unterschiede von rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Verpflichtungen» S. 348f.

²²⁰ Art. 472ff. OR.

²²¹ Ebbecke S. 349.

²²² v. Tuhr/Peter S. 406; ebenso Löwisch S. 422.

²²³ Auf die Gleichheit der funktionellen Bedeutung von Rechtsnorm und Vertragsnorm weist auch Giger hin: Berührungspunkte, S. 380.

handeln gegen eine Rechtsnorm²²⁴. Vertragswidrigkeit oder Vertragsverletzung bedeutet demnach soviel wie Rechtswidrigkeit des Handelns in bezug auf vertraglich begründete Pflichten²²⁵.

b) Ablehnung der Erfolgsunrechtslehre im Vertragsrecht

Jene Ansicht, die davon ausgeht, dass zur Auslösung der Vertragshaftung eine rechtswidrige Handlung nicht nötig sei, sondern die einzig auf den eingetretenen missbilligten Erfolg abstellt, ohne danach zu fragen, durch was für eine Handlung die Leistungsstörung eingetreten ist, ist abzulehnen²²⁶. Berücksichtigt man die Tatsache, dass das Gesetz in Art. 97 OR auf ein Verschulden des Vertragsschuldners abstellt, so zeigt sich, dass auch für die Haftung aus Vertrag eine rechtswidrige Handlung erforderlich ist: Grundlage des Schuldurteils kann nur das Abweichen von dem von einer Norm vorgeschriebenen Verhalten sein, nicht aber die blossе Missbilligung des Ergebnisses einer Handlung. Der Schuldvorwurf erfolgt nur dann, wenn dem Handelnden sein normwidriges Verhalten – sein Entscheid für das Unrecht statt für das Recht – zum Vorwurf gemacht werden kann²²⁷. Das Verschulden setzt somit begriffsnotwendig eine widerrechtliche Handlung voraus²²⁸. Wie bereits in anderem Zusammenhang erwähnt, hat dabei das Rechtswidrigkeitsurteil ex ante, vom Standpunkt des Handelnden aus zu erfolgen²²⁹. Das Verhalten, das aus dieser Sicht den von den Normen aufgestellten Richtlinien entspricht, kann demnach nicht rechtswidrig sein. Dies hat sowohl im vertraglichen wie ausservertraglichen Bereich Geltung, da die Vertragsverletzung als Vertragspflichtverletzung ebenso wie die Rechtswidrigkeit im Bereich der unerlaubten Handlungen als Rechtsnormverletzung das Objekt für die Wertung des Verschuldens abgibt.

B) Inhalt der Vertragspflichten

Die Rechtslehre unterscheidet zwischen der Obligation und dem Schuldverhältnis²³⁰. Die einzelne Obligation besteht in der Rechtsbeziehung zwischen

²²⁴ Löwisch S. 422: «Die Rechtswidrigkeit ist die gleiche...; hier wie dort ist der Verstoss ein Verstoss gegen die Rechtsordnung.»

²²⁵ Ponnath S. 77; Löwisch S. 423.

²²⁶ Ausführlich zu dieser Frage Ponnath S. 42ff., S. 51ff.; vgl. insbes. seine Kritik an der Erfolgsunrechtslehre im Vertragsrecht: S. 52f.

²²⁷ So auch Ponnath S. 42f.; Löwisch S. 426.

²²⁸ Ponnath S. 43; Nipperdey S. 1779; vgl. auch Löwisch S. 428, wo er von der Interdependenz von Verschuldens- und Rechtswidrigkeitsurteil spricht: Wo sich die Rechtsordnung für das Verschuldensprinzip im Sinne einer Wertung des menschlichen Verhaltens entscheidet, muss sie die Rechtswidrigkeit auch am Verhalten selbst messen.

²²⁹ Vgl. vorne S. 87ff., 93ff.

²³⁰ Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkung Art. 1 N 104.

zwei Vertragsparteien, wobei die eine zu einer Leistung verpflichtet und die andere darauf berechtigt ist²³¹. Dagegen bezeichnet man als Schuldverhältnis die Gesamtheit der auf einem einheitlichen Tatbestand beruhenden rechtlichen Beziehungen zwischen zwei oder mehreren Personen²³².

Durch Vertrag entsteht in der Regel ein Schuldverhältnis, das mehrere Obligationen mit verschiedenartigen Leistungen und überdies Gestaltungsrechte, Machtbefugnisse, Einreden, Obliegenheiten und Nebenpflichten umfasst²³³. Dabei handelt es sich um eine Verknüpfung einzelner Rechtsbeziehungen, um ein Gefüge, das als Ziel die Befriedigung eines bestimmten Leistungsinteresses erreichen soll. Die Leistungspflichten bilden den Kern des vertraglichen Schuldverhältnisses, um den herum eine Reihe von Nebenpflichten geordnet sind, die die reibungslose Abwicklung der Leistung sichern und den Partner vor schädlichen Einwirkungen bei der Vorbereitung und Erbringung der Leistung schützen sollen²³⁴. Die Frage nach dem Vertragsinhalt oder der Vertragspflicht ist also diejenige nach den jeweiligen Leistungspflichten und den damit verknüpften Nebenpflichten.

a) Nebenpflichten

Neben den das Schuldverhältnis charakterisierenden Hauptleistungspflichten²³⁵, die darauf ausgerichtet sind, dem Gläubiger einen durch den Vertrag bezweckten speziellen Vorteil zu verschaffen, sieht der Vertrag vielfach Leistungspflichten von untergeordneter Bedeutung vor, die im Gegensatz zu den Essentialia bloss einen Nebenzweck verfolgen²³⁶. Darüber hinaus wollen weitere Nebenpflichten den Schuldner zu einem unschädlichen, vor Beeinträchtigungen sichernden Verhalten bestimmen. Im Gegensatz zu den Nebenleistungspflichten werden die übrigen Nebenpflichten daher in der deutschen Literatur auch Verhaltenspflichten genannt²³⁷. Die Vertragsparteien sollen sich im Rahmen der vertraglichen Sonderverbindung rücksichtsvoll verhalten²³⁸. Diese Verhaltenspflichten sind den allgemeinen Rechtspflichten verwandt, die dem Schutz der absoluten Rechte und des

²³¹ Guhl S. 9; v. Tuhr/Peter S. 9ff.

²³² Guhl a.a.O.; Schönenberger/Jäggi a.a.O.: «Das Schuldverhältnis ist ein Rechtsverhältnis, mithin ein Lebensverhältnis in seiner Gesamtheit...»

²³³ Neuenschwander S. 3; Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkung Art. 1 N 105.

²³⁴ Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkung Art. 1 N 113.

²³⁵ Sog. «essentialia»: Sie bestimmen den Typus des Schuldverhältnisses; Larenz I S. 11.

²³⁶ Man kann von Nebenleistungspflichten sprechen: z.B. Ausbesserungspflicht des Mieters (Art. 263 Abs. 2 OR) oder Pflicht des Dienstherrn zur Zeugnisausstellung (Art. 330a OR) als gesetzlich vorgesehene Nebenpflichten.

²³⁷ Esser I S. 81ff.; Larenz I S. 6ff.: Das Charakteristische an den Verhaltenspflichten sieht Larenz in der Tatsache, dass jene in allen Schuldverhältnissen auftreten können und nicht an einen bestimmten Schuldtypus gebunden sind (S. 11).

²³⁸ Larenz I S. 9f.

Vermögens vor widerrechtlichen Eingriffen dienen. Was rücksichtsvolles Verhalten ist, zeigt sich erst in der konkreten Situation bei der Vertragsabwicklung. Eine erschöpfende Aufzählung einzelner Verhaltenspflichten ist daher unmöglich²³⁹. Nach ihrem typischen Inhalt werden einzelne Fallgruppen unterschieden: Eine Einteilung kann vorgenommen werden in die Obhuts- und Schutzpflichten, Mitteilungspflichten, Verschaffungspflichten und Mitwirkungspflichten²⁴⁰. Nach ihrer Klagbarkeit unterscheidet man primäre und sekundäre Nebenpflichten. Die ersteren verleihen einen selbständig einklagbaren Erfüllungsanspruch²⁴¹. Die sekundären Nebenpflichten hingegen erlangen rechtliche Bedeutung erst, wenn die Hauptleistung nicht gehörig erfolgt²⁴². Ihre Verletzung spielt dann für die Frage der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens eine bedeutsame Rolle. Die Abgrenzung der selbständig klagbaren Nebenpflichten von den andern Nebenpflichten ist nicht immer leicht. Es muss durch Auslegung des Vertrages ermittelt werden, ob die Parteien die selbständige Klagbarkeit einer Nebenpflicht voraussetzen durften oder ob ihr nur hinsichtlich der Schadenersatzpflicht Bedeutung zukommt²⁴³.

In diesem Zusammenhang wurde auch geltend gemacht, die begriffliche Unterscheidung zwischen Leistungspflichten, seien dies Haupt- oder Nebenleistungspflichten, und den als Verhaltenspflichten bezeichneten Nebenpflichten, die vornehmlich einen Schutzzweck verfolgen, sei nicht unproblematisch, da sämtliche Pflichten des Schuldners an sich zur geschuldeten Leistung gehören²⁴⁴. Richtig ist, dass auch die Verhaltenspflichten Bestandteil der Schuld bilden und daher dem Leistungsinhalt – allerdings nur in einem weiteren Sinne – zuzurechnen sind²⁴⁵. Die Aussage, dass Sorgfalt nicht schlechthin geschuldet sei, sondern nur bezüglich einer inhaltlich abgrenzbaren Haupt- oder Nebenleistung, kann auch so formuliert werden, dass in jeder Leistungspflicht eine Verhaltenspflicht enthalten ist, denn geschuldet wird richtiges und sorgfältiges Leisten²⁴⁶. Daneben wurde aber übersehen, dass es in einem Schuldverhältnis mannigfache sonstige Verhaltenspflichten gibt, die nicht als Ausfluss einer Leistungspflicht betrachtet werden können, da sie nicht wie die eigentliche Leistungshandlung unmittelbar auf die Herstellung eines Leistungserfolges zielen²⁴⁷.

²³⁹ Neuenschwander S. 7.

²⁴⁰ Vgl. dazu Guhl S. 13f.

²⁴¹ Guhl S. 14.

²⁴² Guhl a.a.O.

²⁴³ Z.B. wird die Verpackungspflicht des Verkäufers meist als unselbständige Vorbereitungs-
pflicht anzusehen sein. Beim Kauf der Ware «als Geschenk» fällt ihr hingegen eine
selbständige Aufgabe zu; Neuenschwander S. 6.

²⁴⁴ Fikentscher S. 28; Wolf S. 112f.

²⁴⁵ Fikentscher und Wolf a.a.O.

²⁴⁶ So Larenz I S. 10 N 5; Fikentscher S. 17; Wolf a.a.O.

²⁴⁷ Vgl. auch die Kritik an Wolf bei Larenz a.a.O. und Neuenschwander S. 10f.

Das Wesentliche der Einteilung in Leistungs- und Verhaltenspflichten, in Haupt- oder Nebenpflichten, beruht auf der Erkenntnis, dass sich das Vertragsunrecht nicht in der Vorenthaltung von Leistungen erschöpft, sondern eben auch «Verhaltensunrecht» miteinschliesst.

b) *Hauptpflichten*

Kernstück der Vertragspflichten bilden die Hauptleistungspflichten, die der vertraglichen Sonderverbindung ihr spezifisches Gepräge geben und damit die Zuordnung zum betreffenden Vertragstypus ermöglichen. Die Leistung als bestimmtes, begrenztes Verhalten kann in der Übertragung von Gütern oder in der Erbringung von Diensten bestehen. Die dementsprechend als Sachleistungen bzw. als Dienstleistungen bezeichneten Leistungen, die zu einem positiven Tun verpflichten, bilden die weitaus grösste Gruppe aller Vertragsinhalte²⁴⁸. Die folgenden Ausführungen beschränken sich deshalb auf die Leistungen dieser beiden Vertragsarten.

Der mit den Sach- und den Dienstleistungsverträgen angestrebte Zweck ist ein in den Grundzügen verschiedener: Bei der Sachleistungsobligation ist Inhalt der Leistung die Verschaffung, Herstellung oder Übergabe des Vertragsgegenstandes. Die Leistung konkretisiert sich also in einem Leistungserfolg²⁴⁹. Die Erfüllung, d.h. die nach Gegenstand, Zeit und Ort richtige Leistung an den Gläubiger²⁵⁰ und damit Befreiung des Schuldners von seiner Verpflichtung, wird darin gesehen, dass der Schuldner z.B. durch Übergabe der Kaufsache, durch Herstellung des Werkes den Erfolg bewirkt, der von den Parteien zum Vertragsinhalt erhoben wurde²⁵¹. In diesem Sinne darf davon gesprochen werden, dass der Leistungserfolg mitgeschuldet ist oder dass sich der Schuldner zur Herbeiführung eines bestimmten Ergebnisses verpflichtet²⁵².

Anders verhält es sich bei den Dienstleistungsobligationen: Geschuldet wird die Leistungshandlung als solche, nicht aber der Erfolg, den herbeizuführen das sorgfältige Handeln geeignet ist²⁵³. Der Schuldner genügt seiner Verpflichtung unter Umständen auch dann, wenn er das angestrebte Ziel

²⁴⁸ Daneben sind Verträge denkbar, deren Leistungen nicht in einem positiven Tun, sondern in einem Dulden oder Unterlassen bestehen; Bsp. Konkurrenzverbotsabrede gem. Art. 340ff. OR; Guhl S. 11.

²⁴⁹ Neuenschwander S. 21.

²⁵⁰ Guhl S. 205; v. Tuhr/Escher S. 2: «Bewirkung der geschuldeten Leistung»; Erfüllung und Leistung sind zwei aufeinander bezogene, aber nicht identische Begriffe: Neuenschwander S. 5; Larenz I S. 12.

²⁵¹ Gautschi, Komm. Auftrag, OR 398 N 21b: «Bei den obligationes dandi wird entweder der richtige Leistungsgegenstand gegeben und damit erfüllt, oder er wird nicht gegeben und infolgedessen nicht erfüllt.»

²⁵² So Neuenschwander S. 21; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 235; Löwisch S. 430; Larenz I S. 7.

²⁵³ Neuenschwander S. 20.

nicht erreicht. Während bei der Sachleistungspflicht das Ausbleiben des Leistungserfolges für den Tatbestand der Nichterfüllung essentiell ist, stellt das Ausbleiben des Arbeitserfolges kein Kriterium für die Nichterfüllung der Dienstleistungspflichten dar²⁵⁴. Erst dann gelten diese als nicht erfüllt, wenn der Schuldner ein bestimmtes Mass an Sorgfalt nicht aufgebracht hat²⁵⁵. Die Nichterfüllung manifestiert sich also das eine Mal in einem «Sorgfaltsmangel», bei den Sachleistungsverträgen hingegen in einem «Erfolgsmangel»²⁵⁶. Im gleichen Atemzug von einer «Erfolgshaftung» der Sachleistungspflichten zu sprechen²⁵⁷, ist nicht richtig, da hiermit der Eindruck erweckt wird, bei Vorliegen des Tatbestandes der Nichterfüllung hafte der Schuldner immer für dadurch verursachte Schäden. Vielmehr gilt im Vertragsrecht grundsätzlich die Verschuldenshaftung, wonach der Schuldner nur für verschuldetes und demzufolge auch rechtswidriges Handeln ersatzpflichtig gemacht werden kann. Bei der Nichterfüllung darf nicht automatisch von Vertragsverletzung, was gleichbedeutend ist mit Rechtswidrigkeit, gesprochen werden. Hat der Schuldner alles Menschenmögliche zur Bewirkung des Erfolges getan und vereitelt ein zufälliges Ereignis den Folgeeintritt, so liegt wohl Nichterfüllung vor; eine Vertragsverletzung im Sinne eines Verstosses gegen eine bestimmte Vertragsnorm kann darin deswegen nicht erblickt werden²⁵⁸. Gemäss der allgemeinen Haftungsbestimmung in Art. 97 OR steht dem Schuldner der Exculpationsbeweis bei allen Verträgen, somit auch bei den Sachleistungsverträgen offen. Aus diesen Überlegungen darf der Schluss gezogen werden, dass der Vertragsschuldner nur zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn ein Verstoß gegen eine Vertragspflicht vorliegt, der sowohl bei den Dienst- wie auch den Sachleistungen immer in der unsorgfältigen Tätigkeit – im Ausserachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt – und nicht in der Nichterfüllung besteht.

Nur in den seltenen Fällen, wo der Schuldner bedingungslos eintreten für den Erfolg verspricht und ihm daher der Einwand, er habe weder rechtswidrig noch schuldhaft gehandelt, abgeschnitten ist, zieht das Ausbleiben des Erfolges auch eo ipso die Haftung des Schuldners nach sich²⁵⁹. Hier ist denn auch die Bezeichnung Erfolgshaftung am Platz. Mit dem Fehlen

²⁵⁴ Gautschi, Festgabe Oftinger, S. 24.

²⁵⁵ Gautschi, Komm. Auftrag, OR 398 N 1a.

²⁵⁶ Gautschi, Komm. Auftrag, OR 398 N 1a; Neuenschwander, S. 23.

²⁵⁷ Gautschi, Festgabe Oftinger, S. 24; Gautschi, Komm. Auftrag, OR 398 N 21c.

²⁵⁸ So auch Löwisch S. 428ff., insbes. S. 430f.; Larenz I S. 12f.

²⁵⁹ Zu denken ist etwa an die Gewährleistungspflicht des Verkäufers nach Art. 197 OR; Guhl S. 344; Fikentscher S. 432.

einer Exculpationsmöglichkeit handelt es sich um eine verschuldensunabhängige Haftung²⁶⁰.

Ist für die Haftungsfrage der fehlende Erfolgseintritt letztlich nicht von entscheidendem Gewicht, da auch das Verhalten des Schuldners in Betracht zu ziehen ist, so kommt dennoch dem Tatbestand der Nichterfüllung im Hinblick auf die Beweislastverteilung primäre Bedeutung zu. Leitet der Gläubiger aus der Nichterfüllung in Art. 97 OR Rechte ab, so hat er diese gemäss Art. 8 ZGB zu beweisen. Für die Sach- und Dienstleistungen bedeutet dies Verschiedenes: Da die Nichterfüllung bei den Sachleistungsobligationen im Erfolgsmangel, bei den Dienstleistungsobligationen dagegen in einem Sorgfaltsmangel besteht, muss der Gläubiger im ersten Fall das Ausbleiben des Leistungsgegenstandes, im zweiten Fall eine objektive Sorgfaltsverletzung nachweisen²⁶¹. Sache des Schuldners ist es dann, sich durch den Exculpationsbeweis von der Haftung zu befreien²⁶².

Bedenkt man die Schwierigkeiten, die mit dem Nachweis eines – wenn auch nur objektiven – Sorgfaltsverstosses verbunden sind, so ist leicht die verglichen mit den Dienstleistungsverträgen komfortablere Stellung des Gläubigers bei den erfolgsbezogenen Sachleistungsobligationen zu erkennen.

C) Feststellung der Vertragspflichten

a) *Lückenhaftigkeit der Verträge*

Die vertragliche Sonderverbindung zwischen Gläubiger und Schuldner ist dem Inhalt nach nur teilweise durch Vereinbarung oder Gesetz bestimmt. Die Parteien einigen sich in der Regel bloss über die Hauptleistungspflichten und bestimmte, ihnen wichtig erscheinende Modalitäten der Leistung. Für das Zustandekommen des Vertrages ist es lediglich Voraussetzung, dass die Vertragsschliessenden über die wesentlichen Punkte des Geschäftes einig geworden sind²⁶³. Als solche fallen die von Gesetzes wegen begriffsnotwendigen Elemente in Betracht – z.B. beim Kaufvertrag²⁶⁴ die Parteien, die Ware und der Preis²⁶⁵ –, aber auch jene Punkte, die die Parteien selber als

²⁶⁰ Giger, Komm. Kauf, Vorbemerkungen zu OR 197–210 N 7; Fikentscher S. 442. Diese Haftung kann auch als «Garantiehafung» betitelt werden: Löwisch S. 438f.; Larenz I S. 256ff. mit Verweis auf das englische Recht; vgl. auch die Beispiele bei Scyboz S. 337 N 4.

²⁶¹ Gautschi, Festgabe Oftinger, S. 25 N 54; Gautschi, Komm. Auftrag, OR 398 N 23a; Neuenschwander S. 27f.

²⁶² Art. 97 OR verlangt den Beweis des Schuldners, «dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle».

²⁶³ Vgl. Art. 2 Abs. 1 OR i.V. mit Art. 1 OR; Guhl S. 93.

²⁶⁴ Art. 184 Abs. 1 OR.

²⁶⁵ Guhl S. 93.

wesentlich charakterisiert haben. Der Vorbehalt einer späteren Vereinbarung über die Nebenpunkte bzw. Nebenpflichten des Vertrages hindert die Entstehung des Vertrages nicht²⁶⁶.

Geht man davon aus, dass die Vertragsparteien, selbst wenn sie es wollten, nicht alle Eventualitäten der Vertragsabwicklung voraussehen und programmieren können, und fasst man ins Auge, dass auch das Gesetz neben den Hauptleistungspflichten nur einige wenige Nebenpflichten regelt²⁶⁷, so kann die Frage akut werden, wie der Inhalt der Vertragspflichten im jeweiligen konkreten Fall feststellbar ist. Da es nicht möglich ist, alle Störungsquellen vorzusehen und die entsprechenden Verhaltenspflichten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses aufzustellen, sind die Verträge begrenzt wirksam in ihrer Eigenschaft als Regelungsordnung und im Falle des Eintritts einer Anomalie deshalb notwendigerweise unvollständig²⁶⁸. Die Lückenhaftigkeit wirkt sich allerdings erst in einer Konfliktsituation negativ aus, zu deren Regelung eine zum voraus getroffene Lösung fehlt.

b) Auslegung und Ergänzung des Vertragsinhalts

Der Inhalt eines Vertrages bestimmt sich nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien und nach dem Gesetz, das als zwingendes Recht der Parteivereinbarung vorgeht, hingegen als dispositives Recht erst dann zur Anwendung kommt, wenn die Vertragspartner keine Regelung über einen bestimmten Punkt vorgenommen haben²⁶⁹.

Die Ermittlung des Parteiwillens beginnt mit der Auslegung. Gegenstand der Auslegung sind die von den Parteien abgegebenen Willenserklärungen, wobei das Vertrauensprinzip, als Ausfluss vom in Art. 2 ZGB statuierten Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben, als massgebende Auslegungsregel zu betrachten ist²⁷⁰. In einem weiteren Schritt muss zur Lösung der Frage nach dem Konsens abgeklärt werden, ob die so ausgelegten Willensäusserungen übereinstimmen²⁷¹. Auch ist zu prüfen, ob nicht gewisse Bestimmungen zwingendes Gesetzesrecht verletzen, das gegenüber den Vertragsabreden immer primäre Geltungskraft beansprucht.

Erweist sich der Vertrag als unvollständig, so muss er ergänzt werden. Während die Auslegung an diejenigen Punkte anknüpft, welche zwischen den Parteien zur Sprache gekommen sind, greift die Ergänzung dort Platz, wo eine Regelungslücke besteht. Zur Ausfüllung von Lücken im Vertragsin-

²⁶⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 1 OR, 2. Satzhälfte.

²⁶⁷ Vgl. auch Neuenschwander S. 4.

²⁶⁸ Neuenschwander S. 18: Auch er betont die Unvollständigkeit der Verträge.

²⁶⁹ Neuenschwander S. 19.

²⁷⁰ Vgl. Gauch/Schluép/Jäggi N 890ff.; Keller I S. 102; Guhl S. 91; siehe auch Keller I S. 104ff.:

Das Prinzip des Sichverständlichmachens als Weiterentwicklung des Vertrauensprinzips.

²⁷¹ v. Tuhr/Peter S. 285 N 2; Keller I S. 105.

halt stehen dem Richter für den Streitfall zwei Mittel zur Verfügung: Entweder zieht er das dispositive Gesetzesrecht oder allenfalls Gewohnheitsrecht heran, oder er nimmt eine Ergänzung des Vertrages vor mit einer von ihm selbst gesetzten Regel²⁷². Immer aber hat der Richter wegen seiner Bindung an das Gesetz²⁷³ zuerst zu prüfen, ob eine Gesetzesbestimmung die von den Parteien nicht geregelte Rechtsfrage entscheidet. Das dispositive Recht ist das erste Mittel zur Vertragsergänzung²⁷⁴. Allerdings muss die Norm zum Vertragsinhalt, in den sie eingefügt werden soll, passen. Eine allfällige «Disharmonie» zeigt, dass die Gesetzesnorm nicht auf den konkreten, vorliegenden Vertrag zugeschnitten ist und somit auch kein taugliches Ergänzungsmittel darstellt²⁷⁵. Generell sind nur die Lücken in typischen, nicht individuell gestalteten Verträgen, durch Anwendung des dispositiven Rechts zu füllen, während individuell gestaltete Verträge, die stark vom gesetzlichen Vertragstypus abweichen und sich in Richtung Innominatkontrakte hin bewegen, durch eine Regelung des Richters ergänzt werden müssen²⁷⁶. Dabei hat der Richter den hypothetischen Willen der Parteien festzustellen, d.h., er stellt darauf ab, was die Parteien als vernünftige und redliche Vertragspartner gewollt und deshalb vereinbart haben würden, falls sie die offen gebliebene Frage selber geregelt und so die Vertragslücke vermieden hätten²⁷⁷. Wie die Auslegung der Willenserklärungen muss also auch die Ergänzung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben bzw. nach dem Vertrauensprinzip erfolgen²⁷⁸ mit dem Ziel, der Individualität des konkreten Vertrages gerecht zu werden. Weist der Vertrag keine individuellen Züge auf und ist die anstehende Frage im dispositiven Gesetzesrecht nicht geregelt, liegt somit eine Gesetzeslücke vor, greift der Richter zu einer Regel, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Gestützt auf Art. 1 Abs. 2 ZGB ergänzt er das lückenhafte Gesetz mit einer generell-abstrakten Regel, um dann mit dieser die Vertragslücke zu schliessen²⁷⁹.

Die Grenzen zwischen Vertragsauslegung und -ergänzung sind fließend: Die Ergänzung kann als Fortsetzung der Auslegung bezeichnet werden und

²⁷² Art. 1 Abs. 2 ZGB.

²⁷³ Art. 1 Abs. 1 ZGB.

²⁷⁴ Gauch/Schluep/Jäggi N 914.

²⁷⁵ Gauch/Schluep/Jäggi N 915; anders wohl Keller I S. III f., der das Mittel der Ergänzung von der Art der auszufüllenden Lücke abhängig macht.

²⁷⁶ Vgl. dazu Schluep, Innominatverträge, S. 786.

²⁷⁷ Gauch/Schluep/Jäggi N 917; BGE 90 II 244 f., 107 II 149, 108 II 114; der gleiche Gedanke kommt durch die Wendung, die Ergänzung habe nach der «Natur des Geschäftes» zu erfolgen, für den Sonderfall in Art. 2 Abs. 2 OR zum Ausdruck.

²⁷⁸ Schluep, Innominatverträge, S. 783.

²⁷⁹ Gauch/Schluep/Jäggi N 921; Schluep, Innominatverträge, S. 793, 795.

unterscheidet sich nicht grundsätzlich von ihr²⁸⁰. Beide Verfahren bezwecken, die Entscheidungen und Wertungen der Kontrahenten in ihrem Sinne zu konkretisieren und weiterzuführen.

II. Vertragsverletzung und Sorgfaltspflichtverletzung

1. Bestimmung der Verhaltenspflichten

Die Aussage Koziols, der Inhalt der Verträge ergebe sich aus jedem konkreten Vertrag und den zwingenden und ergänzenden Bestimmungen des Vertragsrechtes²⁸¹, lässt den Eindruck erwecken, die Vertragspflichten seien damit abschliessend bestimmt. Wie häufig gewisse Pflichten erst durch Auslegung und Ergänzung des Vertrages ermittelt werden²⁸², so können den Parteien solche erwachsen, die ebenfalls nicht direkt im Vertrag vorgesehen sind, sondern sich erst angesichts des zu verfolgenden Vertragszwecks im speziellen Fall ergeben. Denn jedes Schuldverhältnis erfordert über die eigentliche Leistung hinaus ein «vertragsgerechtes Verhalten»²⁸³. Wie an früherer Stelle bereits aufgezeigt wurde²⁸⁴, bilden die eigentlichen Leistungspflichten nur den Kern des Schuldverhältnisses, um den herum sich eine ganze Reihe von Verhaltenspflichten gruppieren, die den Schuldner zu einem unschädlichen Tun bestimmen und zwar in zweierlei Hinsicht: Einerseits muss ein Verhalten in jeder Situation auf das Erreichen des Vertragszweckes ausgerichtet sein, um den auf die Erfüllung der Forderung vertrauenden Gläubiger nicht zu Schaden kommen zu lassen, andererseits darf bei allem Streben nach Herbeiführung des Erfolges der Schutz der Rechtsgüter des Vertragspartners nicht ausser acht gelassen werden. Während die Anstrengungen im ersten Fall auf das Bewirken der Dienst- oder Sachleistung Bezug nehmen und mit der Hauptleistung im unmittelbaren Zusammenhang stehen, ist das Verhalten des Schuldners, das den Schutz der Rechtsgüter des Gegners bezweckt, mit den ausservertraglichen Pflichten verwandt, die jedermann als Teilnehmer eines bestimmten Verkehrskreises zu befolgen hat.

²⁸⁰ Gauch/Schluep/Jäggi N 922; Yung, ZBJV 97, S. 46; v. Tuhr/Peter S. 291: «Die logische Grenze zwischen Auslegung und Ergänzung ist keine scharfe, weil es naheliegt, die Entscheidung, zu welcher der Richter nach Treu und Glauben gelangt, den Parteien als von ihnen stillschweigend gewollt zu imputieren.»

²⁸¹ Koziol II S. 4.

²⁸² Vgl. vorne S. 114 ff.

²⁸³ Keller I S. 218 f.

²⁸⁴ Vgl. vorne S. 109.

Was Inhalt der einzelnen Verhaltenspflichten ist, kann erst anhand der konkreten Situation beurteilt werden. Abzustellen ist dabei hauptsächlich auf das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben²⁸⁵, welches, insbesondere was die Mitteilungs-, Verschaffungs- oder Mitwirkungspflichten betrifft²⁸⁶, neben das allgemeine Sorgfaltsgesbot tritt, das für die Bestimmung der Obhuts- und Schutzpflichten herangezogen wird. Immer aber können diese Pflichten als Vertragspflichten betrachtet werden. Jedes Verhalten, das dem Vertragszweck zuwiderläuft, ist «vertragswidrig» und stellt eine Vertragsverletzung dar²⁸⁷. In die Literatur und Rechtsprechung Eingang gefunden hat für diese Art von Verstössen gegen Verträge der Begriff der «positiven Vertragsverletzung». Damit werden jene Fälle der Nichterfüllung zusammengefasst, die weder Unmöglichkeitstatbestände sind, noch unter die Verzugsregeln gemäss Art. 102ff. OR fallen²⁸⁸. Zu denken ist etwa an die fehlerhafte Erfüllung – sog. «Schlechtleistung» – die nach einhelliger Meinung entgegen dem zu engen Wortlaut von Art. 91 Abs. 1 OR von den Art. 97ff. OR auch erfasst wird²⁸⁹ und an die Schädigung durch die Verletzung nicht einklagbarer Nebenpflichten²⁹⁰, wozu die vorher erwähnten Verhaltenspflichten gehören.

2. Rechtsgrundlage der Sorgfaltspflichten

Handelt es sich bei den Sorgfaltspflichten um spezielle Vertragspflichten, um Pflichten, die durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung begründet werden und deren Geltung demzufolge auch vom Konsens der Parteien abhängig zu machen ist?

Zur Beantwortung der Frage nach der Rechtsgrundlage der Sorgfaltspflichten muss von der bereits getroffenen Unterteilung der Vertragspflichten in die eigentlichen Leistungspflichten und die damit verknüpften weiteren Verhaltenspflichten ausgegangen werden²⁹¹.

²⁸⁵ Art. 2 ZGB; Larenz I S. 116ff., insbes. S. 128ff.; Gauch/Schluep/Jäggi N 1600; Guhl S. 13.

²⁸⁶ Guhl S. 13f.

²⁸⁷ Keller I S. 198, 218f.; Larenz I S. 336.

²⁸⁸ Gauch/Schluep/Jäggi N 1598ff., N 1600; Guhl S. 316; v. Tuhr/Escher S. 106f.; die Begriffsbildung in der Lehre ist nicht einheitlich: vgl. z.B. Keller I S. 218: Positive Vertragsverletzung als Verletzung der durch den Zweck des Vertrages auferlegten Pflichten; v. Tuhr/Escher S. 107 erachten den Begriff gar als entbehrlich, ebenso Neuenschwander S. 47.

²⁸⁹ Gauch/Schluep/Jäggi N 1599; v. Tuhr/Escher S. 107; Larenz I S. 334ff.

²⁹⁰ Gauch/Schluep/Jäggi N 1600; Larenz a.a.O.

²⁹¹ Vgl. vorne S. 108ff.; auch Guhl S. 216 weist im Zusammenhang mit der Nichterfüllung auf die Möglichkeit hin, dass der Schuldner bei Anlass an sich fehlerfreier Leistung ihm obliegende Schutzpflichten bezüglich der Rechtsgüter des Partners verletzt.

A) Leistungspflichten und Sorgfalt

Die Leistungspflichten, als der Vertragstypus bestimmende Teil der gesamten Schuldpflicht, sind regelmässig Inhalt der Vertragsvereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner, zumal das Gesetz für die Entstehung des Vertrages die zwingende Forderung aufstellt, dass sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt haben²⁹². Über die Beschaffenheit der betreffenden Sach- oder Dienstleistung und die dazu erforderliche Sorgfalt werden hingegen in der Mehrzahl der Fälle wenig Worte verloren. In der Tat verhält es sich so, dass dem Schuldner nicht nur ein äusseres Verhalten abverlangt wird, sondern zugleich auch ein entsprechendes Mass an Sorgfalt, d.h. an Aufmerksamkeit, Überlegung und Willensanspannung²⁹³. Der Verpflichtete schuldet nicht zweierlei, die Leistung und das bei ihr zu beobachtende Verhalten, sondern nur ein «richtiges Leisten»²⁹⁴. Jede Leistungspflicht kann somit auch als Verhaltenspflicht aufgefasst werden, nämlich als Pflicht zu sorgfältigem, sachgemäsem Verhalten bei der Leistungshandlung selbst.

B) Verhaltenspflichten und Sorgfalt

Die neben den eigentlichen Leistungspflichten dem Schuldner obliegenden weiteren Verhaltenspflichten lassen sich ihrer unterschiedlichen Ausrichtung zufolge in zwei Gruppen aufgliedern. In der Umschreibung der gegenseitigen Verpflichtungen als ein Verhalten, wie es in der gegebenen Situation erforderlich ist, um den Schuldzweck nicht zu vereiteln, Schaden zu verhüten und die Durchführung der Vertragsabwicklung zu erleichtern²⁹⁵, sind die beiden Arten von Verhaltenspflichten enthalten: Mit Rücksicht auf die jeweilige Situation erwachsen den Parteien einerseits Pflichten zur Rücksichtnahme, zur Beachtung der berechtigten Belange des anderen, zu einem Verhalten also, wie es unter redlich und loyal denkenden

²⁹² Vgl. Art. 2 Abs. 1 OR; Guhl S. 93: «Wesentliche Bestandteile eines Vertrages sind vorerst und von Gesetzes wegen seine begriffsnotwendigen Elemente...»

²⁹³ Larenz I S. 10; das Gesetz geht für die Haftung von einem je nach Vertragstypus verschiedenen Standardmass der zu erbringenden Sorgfalt aus: vgl. dazu die Haftungsbestimmungen der einzelnen Vertragsarten, insbes. auch die arbeitsrechtliche Haftungsnorm in Art. 321e Abs. 2 OR. Vgl. auch die Ausführungen zur objektiven Fahrlässigkeitstheorie vorne S. 58ff.

²⁹⁴ Larenz I S. 10 N 5; Wolf S. 112; bereits wurde darauf hingewiesen, dass nicht Leistung schlechthin, sondern immer sorgfältige Leistung gefordert wird. Ebenso wenig existiert Sorgfalt schlechthin, sondern immer nur bezüglich einer bestimmten Leistung oder eines bestimmten Verhaltens: vgl. vorne S. 110 bei N 246, S. 44f. bei N 16.

²⁹⁵ Larenz I S. 11.

Partnern erwartet werden kann²⁹⁶. Die Normen hierfür lassen sich aus dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben ableiten²⁹⁷. Andererseits untersteht das gesamte Verhalten dem allgemeinen Sorgfaltsgebot, das den Schuldner bei Ausübung seiner Leistungspflichten zu einem den Gläubiger vor sonstigen vermeidbaren Schäden bewahrenden Tun verpflichtet.

Die Auswirkung der Verletzung der zu ihrer Erfüllung nötigen Sorgfalt zeigt am besten die Verschiedenartigkeit der beiden Kategorien von Verhaltenspflichten auf: Bei der einen Gruppe, die unter dem Begriff «Loyalitätspflichten» zusammengefasst werden kann²⁹⁸, bezieht sich die Sorgfalt auf die Erreichung des Vertragszweckes und ist somit an der Leistungshandlung selbst orientiert. Eine Verletzung der Sorgfalt bewirkt hier die Nicht- oder nicht gehörige Erfüllung der Vertragsleistung. Anders bei der Gruppe von Verhaltenspflichten, die man als «Schutzpflichten» bezeichnet: Da diese Pflichten über die Sicherung des Erfolgeintritts hinaus den Schutz aller jener Rechtsgüter bezwecken, mit denen der Schuldner im Zusammenhang mit der Vertragserfüllung in Berührung kommt, kann der diesbezügliche Sorgfaltsverstoss zu einer Beeinträchtigung weiterer Rechtsgüter des Gläubigers führen. Die Schutzpflichten des Vertragsrechts decken sich mit dem im ausservertraglichen Bereich geltenden allgemeinen Sorgfaltsgebot, das sich auf den Grundsatz des «neminem laedere» zurückführen lässt. Die vertraglichen Schutzpflichten sind somit nichts anderes, als ausservertragliche Sorgfaltspflichten, die in jedem Vertragsverhältnis als Verhaltenspflichten weiterwirken²⁹⁹ und daher im vertraglichen Bereich nicht speziell begründet werden müssen. Diese Tatsache lässt den Anspruch auf Schadenersatz für solche Schäden ausser aus dem Vertragsrecht auch aus dem ausservertraglichen Deliktsrecht herleiten³⁰⁰.

Ebenso findet die Sorgfalt betreffend der Loyalitätspflichten, wie Mitwirkungs-, Verschaffungs- und Mitteilungspflichten, ihre Rechtsgrundlage in der Vereinbarung der eigentlichen Leistungspflicht, woraus sich dann nach Treu und Glauben die spezifischen weiteren Nebenpflichten ableiten lassen³⁰¹.

²⁹⁶ Larenz I S. 9; Neuenschwander S. 6.

²⁹⁷ Guhl S. 13; Larenz I S. 128ff.; zur Gruppenbildung von Verhaltenspflichten vgl. vorne S. 110, 117.

²⁹⁸ So auch Larenz I S. 10.

²⁹⁹ Vgl. bereits vorne S. 106f.

³⁰⁰ Art. 41ff. OR. Zum Problem der Anspruchskonkurrenz vgl. Gauch/Schluep/Jäggi N 1717ff.; Oftinger I S. 482ff.; A. Keller S. 324; BGE 90 II 88, 99 II 321; die Konstruktion der Anspruchskonkurrenz ablehnend: v. Tuhr/Escher S. 109, die das Deliktsrecht nur dann zur Anwendung kommen lassen wollen, «wenn zwischen den Parteien kein Vertragsverhältnis besteht oder ein Anspruch aus dem Vertragsverhältnis nicht mehr geltend gemacht werden kann».

³⁰¹ Vgl. auch Guhl S. 13: Die Nebenpflichten ergeben sich «in erheblichem Ausmass ungeschrieben und unausgesprochen aus dem Grundsatz von Treu und Glauben».

Eine direkte Rückführung dieser Verhaltenspflichten auf einen rechtsgeschäftlichen Willen käme also einer Fiktion gleich. Ihre Rechtsgrundlage besteht vielmehr im Schutz- und Loyalitätsverhältnis, das als faktische Sonderverbindung die rechtsgeschäftlich begründete Leistungsbeziehung begleitet³⁰².

3. Vertragsverletzung und Sorgfaltspflichtverletzung im Höchstmass

Die Betrachtung der Sorgfaltsverletzung im Zusammenhang mit den Verhaltens- und Gefährdungsnormen des ausservertraglichen Rechts³⁰³ führte zur Erkenntnis, dass die Widerrechtlichkeit eines Normverstosses die Verletzung der inneren Sorgfalt im Höchstmass voraussetzt³⁰⁴. Widerrechtlich ist ein Verhalten dann, aber auch nur dann, wenn dieses Höchstmass ausser acht gelassen wurde. Die innere Sorgfalt bleibt hingegen gewahrt, wenn die Gefährdung eines Rechtsguts oder die Verhaltensvorschrift auch für einen Einsichtigsten vom Standpunkt des Täters aus nicht erkennbar ist³⁰⁵. Diese Voraussetzung der Widerrechtlichkeit, hergeleitet aus der Verhaltensunrechtslehre³⁰⁶, bildet zugleich die Grenze rechtswidrigen Tuns und gilt sowohl für die Verhaltens- wie auch für die Gefährdungsnormen.

Geht man ebenfalls im Vertragsrecht zur Begründung der Widerrechtlichkeit, d.h. der Vertragsverletzung, von der Verhaltensunrechtslehre aus³⁰⁷, so darf auch hier die Rechtswidrigkeit des Verhaltens wie im ausservertraglichen Bereich mit der Sorgfaltsverletzung im Höchstmass gleichgesetzt werden. Ein Vergleich der Gefährdungsnormen mit den Verhaltenspflichten, d.h. den Schutz- und Loyalitätspflichten als Nebenpflichten zur eigentlichen Leistung, hält dieser Aussage stand: Denn die vertraglichen Verhaltenspflichten können als ausservertragliche allgemeine Sorgfaltspflichten aufgefasst werden, die im Vertragsverhältnis weiterbestehen³⁰⁸.

Was die Gegenüberstellung der ausservertraglichen Verhaltensnormen mit den vertraglichen Leistungspflichten betrifft, so bestehen auch hier

³⁰² Neuenschwander S. 19; vgl. auch A. Keller S. 310f.: Schädigungsverbot als jeden Vertrag begleitende ausdrückliche oder stillschweigende Nebenverpflichtung.

³⁰³ Vgl. vorne S. 86ff., 91ff.

³⁰⁴ Zur Bestimmung der inneren Sorgfalt im Höchstmass vgl. vorne S. 49, 87.

³⁰⁵ Vgl. vorne S. 87ff., 93ff. S. 88: «Ist es auch mit dieser Sorgfaltsaufwendung unmöglich, die drohende Gefahr für ein Rechtsgut anhand der Umstände zu erkennen, so darf die schädigende Handlung oder Unterlassung nicht als rechtswidrig bezeichnet werden.»

³⁰⁶ Vgl. vorne S. 31, 108.

³⁰⁷ Zur Ablehnung der Erfolgsunrechtslehre im Vertragsrecht vgl. vorne S. 108.

³⁰⁸ Vgl. vorne S. 119 bei N 299, 106f.

grundsätzliche Gemeinsamkeiten, die den Schluss von der Sorgfaltsverletzung im Höchstmass auf die Vertragsverletzung zulassen: Wie bei den Verhaltensgeboten oder -verboten ist Inhalt der vertraglichen Leistungspflicht im engeren Sinne in der Regel eine konkret formulierte Pflicht. Auch ist der Adressatenkreis oft ein begrenzter: Im ausservertraglichen Bereich richten sich die Normen an die am betreffenden Verkehr teilnehmenden Personen, beim Vertragsverhältnis an den oder die durch den Vertrag verpflichteten Schuldner. Während für die Frage der Geltungskraft der Verhaltensnormen abzustellen ist auf die Erkennbarkeit für einen Einsichtigsten vom Standpunkt des Täters aus, so kann dasselbe Problem auch bei den Leistungspflichten eine Rolle spielen, dann nämlich, wenn sich der Schuldner auf die Unkenntnis einer Leistungspflicht beruft, da sie ihm aus dem Vertrag nicht ersichtlich sei: Es müssen in der Folge die Erklärungen der Parteien ausgelegt werden mit dem Ziel, einen allfälligen fehlenden Konsens über einzelne Vertragspflichten festzustellen³⁰⁹. Dabei wird die Erkennbarkeit nach dem Vertrauensprinzip³¹⁰ abgeklärt, indem gefragt wird, wie der Empfänger der Willenserklärung diese in guten Treuen verstehen durfte und verstehen musste³¹¹. Die hypothetische Form des «Müssens» stellt ebenfalls auf die objektive Möglichkeit des Erkennen-Könnens vom Standpunkt des Schuldners ab³¹². Da hier jedoch nicht über die Verletzung einer ausservertraglichen Norm, sondern über die Entstehung einer Vertragsnorm zu befinden ist, welche Rechte und Pflichten nur zwischen den Vertragsparteien begründet, wird nicht darauf abgestellt, ob für eine Idealperson anstelle des Schuldners aus der Erklärung die Leistungspflicht erkennbar gewesen wäre, sondern die Anforderungen an die Fähigkeiten des Erkennen-Könnens erfahren bereits eine Herabsetzung auf den Standard des Verkehrskreises, dem der Schuldner angehört.

Setzt man die Vertragsverletzung mit der Sorgfaltsverletzung im Höchstmass gleich, indem man davon ausgeht, dass die Vertragspflichten abhängig sind von der Sorgfalt, die ein Einsichtigster und Fähigster in der konkreten Situation aufzuwenden imstande ist, dann kann für das Verschulden, welches gemäss Art. 97 Abs. 1 OR Voraussetzung für die Ersatzpflicht ist³¹³, die Sorgfaltsverletzung im Standardmass als ausschlaggebend angesehen

³⁰⁹ Es ist zu beachten, dass ein fehlender Konsens über eine Hauptleistungspflicht den Vertrag erst gar nicht entstehen lässt: vgl. Art. 2 Abs. 1 OR.

³¹⁰ Vgl. vorne S. 114 N 270.

³¹¹ Guhl S. 91 mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts.

³¹² Guhl a.a.O.: «Das Ergebnis ist eine Objektivierung des Sinnes der Äusserung, wobei der übliche Sprachgebrauch und die Verkehrssitte den Massstab bilden, ...»

³¹³ Daneben sind allerdings auch vertragsrechtliche Haftungsnormen zu finden, die für die Ersatzpflicht kein Verschulden voraussetzen: z.B. Art. 447, 448 OR und Art. 487, 490 OR: Die Haftungen des Frachtführers und der Gast- und Stallwirte werden als Kausalhaftungen bezeichnet; Guhl S. 180, 517; Neuenschwander S. 32; Becker OR 447 N 2 und 9.

werden. Diese Verletzung der sog. personalen Sorgfalt³¹⁴ findet ihre Ausprägung bekanntlich in der Lehre des objektiv-typisierten Fahrlässigkeitsbegriffs³¹⁵. Die Anwendung des doppelten Sorgfaltsmassstabes – Berücksichtigung der Sorgfalt sowohl auf Stufe der Rechtswidrigkeit wie auch auf Stufe des Verschuldens³¹⁶ – entspricht sodann auch der Beweislastverteilung auf dem Gebiet der Dienstleistungsverträge: Während der zu Schaden gekommene Gläubiger die objektive Sorgfaltsverletzung des Schuldners nachweisen muss, so kann sich letzterer, um der Schadenersatzpflicht zu entgehen, durch den Nachweis exculpieren, alle im konkreten Fall erforderliche Sorgfalt, die auch von anderen Angehörigen seines speziellen Verkehrskreises hätte erwartet werden dürfen, aufgebracht zu haben³¹⁷.

³¹⁴ Vgl. vorne S. 52f.

³¹⁵ Vgl. vorne S. 58ff.

³¹⁶ Vgl. vorne S. 102f.

³¹⁷ Vgl. vorne bei N 261. Zur Bildung einzelner Verkehrskreise bei der typisierten Fahrlässigkeitstheorie vgl. Larenz I S. 261ff., S. 246; Esser I S. 381ff.; vgl. auch vorne S. 66ff.: «Bestimmung der relevanten Faktoren».

Lebenslauf

Ich wurde am 17. Juli 1958 in Rapperswil geboren. Hier besuchte ich die Primarschule und ein Jahr Sekundarschule. An der Stiftsschule Einsiedeln erwarb ich im Sommer 1978 die Matura Typus B.

Im Herbst des gleichen Jahres immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und wurde am 22. Februar 1984 zum Lizentiaten der Rechtswissenschaft promoviert.

Neben dem Besuch weiterer Vorlesungen und einer Teilzeitarbeit bei der kantonalen Verwaltung war ich anschliessend mit der Ausarbeitung meiner Dissertation beschäftigt.

Am 9. Dezember 1987 erfolgte die Promotion zum Doktor der Rechtswissenschaft.

